

THÈSE DE

PARIS.

1890

N^o. 73.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

CONDITION LÉGALE

DE

LA MÈRE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

M^{lle} SARMISA BILCESCO

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1890

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
CONDITION LÉGALE
DE
LA MÈRE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le jeudi 12 juin 1890
à deux heures et demie.*

PAR

M^{lle} SARMISA BILCESCO

PRÉSIDENT : M. LYON-CAEN

SUFFRAGANTS : { MM. COLMET DE SANTERRE. } Professeurs.
GARSONNET. }
LÉON MICHEL. Agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1890



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE ET A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

La condition de la mère a varié dans le cours des siècles et chez les différents peuples suivant qu'il s'est agi d'une peuplade sauvage ou d'une nation déjà formée, et, sinon civilisée, du moins déjà entrée dans la voie de la civilisation. Là où la famille était le plus fortement constituée et formait un véritable tout, que ce fût une *gens*, un clan ou une tribu, les droits de la femme, réglementés par la loi écrite ou par la coutume, ont été singulièrement restreints.

C'est surtout chez les peuples guerriers que se rencontre une telle constitution de la famille, et c'est chez eux qu'on trouve le mieux consacrée l'institution du mariage, solennisée par des cérémonies qui font de l'entrée de la femme dans sa nouvelle famille une véritable fête. C'est la mère des futurs guerriers qu'on honore ainsi, et c'est dans le même ordre d'idées que les Germains considéraient les femmes comme des êtres divins ¹.

Dans un grand nombre de sociétés primitives, la femme, et par conséquent la mère, a joui d'un véritable pouvoir

1. Tacite, *Mœurs des Germains*, VIII.

et d'une grande autorité, quelquefois même supérieure à celle de l'homme. Dans celles où le mariage n'existait pas encore, les enfants ne se rattachaient qu'à leur mère. C'est ainsi que Solin écrivait : « *Grammatici Æthiopes matrimonia privatim nesciunt. Inde est quod filios matrem tantum recognoscunt, paterni nominis nulla reverentia est*¹ : » Hérodote signale le même phénomène social Ἀδελφοὶ καθεῖσι ἀπὸ τῶν μητέρων ἔωντοὺς καὶ οὐκ ἀπὸ τῶν πατέρων².

La femme était, dans ces sociétés primitives, indépendante de l'homme : c'est à elle qu'appartenaient les enfants puisque c'est à elle seule qu'ils se rattachaient ; c'est elle qui leur donnait son nom et c'est par les femmes qu'on comptait les généalogies³. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement, car l'institution du mariage n'étant pas connue⁴, on ne pouvait rattacher au père les enfants.

Étant donné ce point de départ, tous les droits de famille ne résultaient que de la parenté par les femmes ; c'est ainsi que les parents par les femmes étaient seuls appelés à succéder et que la succession était attribuée aux femmes de préférence aux hommes. Cet état social a été appelé en sociologie le *matriarcat*⁵. C'est encore celui des pays où la polygamie est admise.

Dans les sociétés, au contraire, où règne le patriarcat, tous les droits se rattachent à la parenté paternelle : c'est l'homme qui est le maître et le chef, et c'est le lien agnatique qui constitue le véritable lien de parenté. Les agnats seuls sont appelés à la succession.

1. Solin, 30.

2. Hérodote, I, 173. — Cf. Nicolas de Damas (*Histoire grecque-fr.*, t. III, p. 461).

3. V. Sumner Maine, *Ancien droit*, p. 142.

4. Diodore, III, 22 ; Strabon, liv. VII, chap. III, n° 7.

5. Voir l'ouvrage de M. Bachofen, *Das Mutterrecht*, et *Antiquarische briefe*, du même auteur.

On sait quelle était chez les Romains la vigueur de ce lien de parenté, et quelle énergie le droit avait imprimée à ses effets.

L'état de choses primitif où le *matriarcat* dominait a disparu de bonne heure en Europe; il avait régné en Italie et en Grèce; mais aux époques de la littérature classique ce n'était déjà plus qu'une tradition dont on ne gardait qu'un lointain souvenir. A cette époque même pourtant, cet état de choses existait encore sur certains points du monde connu, tels que les bords de l'Euxin et la Bretagne ¹. On le retrouve même de nos jours chez quelques peuples sauvages, à Taïti, par exemple, aux îles Marquises, aux îles Mariannes, où les femmes jouissent des droits les plus étendus : elles prennent part aux travaux exclusivement réservés aux hommes chez les autres peuples, et il est, on le sait, des contrées africaines où ce sont elles qui font la guerre.

Comme mères, elles ont les mêmes droits que celles dont nous parlaient Hérodote et Solin : la paternité en effet n'étant pas légalement constatée, c'est sur elles seules que repose tout le lien de la famille.

Si le *matriarcat* est la première phase par laquelle ont passé les sociétés primitives, cet état de choses essentiellement rudimentaire était fatalement condamné à disparaître entièrement. Dès longtemps, chez les peuples civilisés, l'institution du mariage a profondément modifié les droits exclusifs de la mère sur ses enfants; du moment que la paternité existe légalement, c'est au père que les enfants se rattachent plutôt encore qu'à la mère. Non seulement les droits de la mère cessent d'être exclusifs, mais elle perd une partie de ses droits, elle vivra désor-

1. César, *De bello Gallico*, V, 14.

mais dans un état de dépendance ; assimilée, sinon à l'esclave, tout au moins aux enfants du père de famille.

La maternité n'en reste pas moins honorée et respectée ; mais dans l'antiquité romaine, la seule dont nous connaissions à fond la législation, elle ne donnait à la femme aucun droit sur les enfants, et ne lui conférait que des privilèges étrangers à son rôle de mère. L'évolution qui s'est opérée lentement, mais d'une façon continue dans la civilisation romaine, devait nécessairement modifier cette situation dans un sens de plus en plus libéral et le christianisme devait achever et couronner à cet égard l'œuvre humanitaire des Antonins.

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION HISTORIQUE

Nous avons dit un mot, dans notre avant-propos, du rôle que la civilisation romaine devait assigner à la mère. Ce rôle s'est dessiné peu à peu avec les progrès si lents mais si continus de la législation romaine, qui a suivi la marche de la République romaine elle-même, et qui d'abord uniquement appropriée au mœurs et au génie du petit peuple agricole et guerrier de l'antique Latium, a fini, sous l'influence de cette série de grands législateurs qu'on appelle les Prêteurs, par s'étendre et s'approprier aux besoins et aux intérêts si multiples et si divers du vaste empire conquis par les armes romaines.

Sur la législation romaine antérieure à la Loi des XII Tables nous n'avons que des données vagues et incertaines, et le peu de renseignements qui nous soient parvenus se rapportent plutôt au droit public qu'au droit privé.

Les Sabins, les Étrusques et les Latins, c'est-à-dire les trois peuples dont la fusion a formé le peuple romain, devaient être régis par des lois ou des coutumes particu-

lières à chacun; mais les renseignements précis nous manquent à cet égard.

Nous n'avons non plus que des données insuffisantes sur les lois des premiers rois de Rome.

Plus tard, nous connaissons par Tite-Live l'existence d'un recueil de ces lois, appelé *Jus Papirianum*, nom emprunté à celui d'un jurisconsulte qui en était l'auteur¹. L'existence de ce recueil qui, d'après Pomponius², paraît remonter à Tarquin le Superbe, et d'après Denys d'Halicarnasse³ aux premiers temps de la République, est aujourd'hui mise en doute par certains historiens⁴. Les jurisconsultes et les littérateurs romains nous ont pourtant transmis quelques renseignements sur ce *Jus Papirianum*; c'est ainsi que Paul⁵ rapporte qu'il a été commenté par Granius Flaccus. De même un passage du *Jus Papirianum* est rapporté par Macrobe dans ses Saturnales⁶.

Nous trouvons aussi dans plusieurs historiens de l'époque littéraire classique des passages se rapportant aux *Leges Regiæ*.

« *In primis, fœdera ac leges erant autem ex duodecim tabulæ et QUÆDAM REGLÆ LEGES, conquiri, quæ compararent, jusserunt*⁷. »

Cicéron⁸ et Festus⁹ parlent des lois de Numa, et ce dernier rapporte même le texte d'une de ces lois.

1. Pomponius l'appelle d'abord Sextus puis Publius; d'après Denys d'Halicarnasse son second nom, en outre de celui de Papirius, serait Caius.

2. Loi 2, §§ 2 et 36, D., *De orig. jur.*, I, 2.

3. III, 26.

4. Voir Macheldey, *Histoire des sources*, § 27.

5. Loi 144, D., *De verb. signif.*; L. 16.

6. Sal., III, 11.

7. Tite-Live, lib. VI, § 1.

8. *De Republica*, lib. II, § 14, et lib. V, § 2.

9. V. Parici et Termino. — Adde Tacite, *Annales*, lib. XII, § 8, et lib. III, § 26.

Enfin, les jurisconsultes Marcellus ¹ et Papinien ² nous ont transmis également des fragments de ces lois royales.

Il est donc certain que, bien avant la Loi des XII Tables, et dès l'époque royale les Romains avaient des lois ; mais on ignore quels points elles réglaient et l'on incline à admettre qu'elles se rapportaient seulement à des questions de religion. On s'est même demandé si elles n'avaient pas été rédigées par les Pontifes postérieurement à la date qui leur est assignée ³. Ce sont là des questions fort obscures et sur lesquelles les conjectures peuvent se donner libre cours.

Quoi qu'il en soit, les *Leges Regiæ* furent abrogées au commencement de la République : « *Exactis deinde regibus, lege Tribunitia omnes leges hæ exoleverunt* ⁴. »

D'après le passage précité de Tite-Live, qui se rapporte à l'an 367 de Rome, certaines de ces lois auraient été alors encore en vigueur ; toutes n'auraient donc pas été abrogées, ou bien il faut admettre que cette abrogation n'avait pas été maintenue ⁵.

Quelle était à cette époque la législation de la famille romaine ? Nous n'avons à cet égard d'indications que sur un seul point, et ces indications sont insuffisantes. Les seuls textes qui nous soient parvenus sont relatifs à la puissance paternelle. D'après Papinien, le père aurait eu le

1. Loi 2, D., *De mort. inf.*, XI, 8.

2. *Coll. leg. Mos. et Roman.*, tit. IV, § 8.

3. Voir sur cette question : Laferrière, *Histoire du Droit romain*, I; — Giraud, *Histoire du Droit romain*, p. 57; — Diksen, *Essai sur les sources du Droit romain*. — Vico (*De constantia jurisprudentia*) pense que les lois *regiæ* traitaient aussi du *connubium*, de la *patria potestas* et du *nexum*.

4. Loi 2, § 3, Pomp., D., *De orig. juris*.

5. Consulter aussi Denys d'Halicarnasse, V, 2.

droit de vie et de mort sur son enfant. « *Quum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem* ¹. »

Denys d'Halicarnasse donne sur cette question des renseignements tout à fait contradictoires. Dans un passage, il confirme l'affirmation de Papinien ; et dans un autre, il raconte que Romulus avait ordonné aux parents d'élever tous leurs fils et les filles aînées, et défendait au père de tuer un enfant au-dessus de trois ans ou de l'exposer, à moins qu'il ne s'agit d'enfants mal conformés ; et même dans ce dernier cas le père ne pouvait les exposer que sur l'avis de cinq voisins. Les sanctions, ajoute-t-il, étaient multiples, et il cite notamment la confiscation de la moitié des biens au profit de l'*Ærarium* ².

Quels que soient les droits que pouvait avoir alors le père sur ses enfants, il ne paraît pas que la mère eût celui d'intervenir ni de s'opposer aux décisions prises par le père. Nous verrons que longtemps encore elle n'eut aucun droit reconnu par la loi ; à plus forte raison, à cette époque d'enfance de la législation, devait-elle être impuissante devant la volonté de son mari, de son maître.

Sortons de ces ténèbres pour entrer dans le domaine des faits et des lois réellement connus, et étudions l'évolution du rôle de la mère dans cette admirable législation romaine, dont sont sorties toutes les législations modernes, et qui leur sert encore de modèle.

Nous adopterons pour cette étude la division historique qui s'impose pour tout travail sur le droit romain, à raison même du développement successif de ce droit, et nous distinguerons cinq périodes, dont chacune correspondra à un chapitre spécial.

1. *Coll. leg. Mos et Roman.*, tit. IV, cap. 8.

2. *Archæolog.*, 2, 15 et 26.

Nous traiterons successivement, en ce qui concerne la mère légitime :

De la législation des XII Tables ;

De la législation pendant la période s'étendant jusqu'à la fin de la République ;

Puis viendra la législation correspondant à la période de l'empire jusqu'à Constantin ;

Celle du Bas-Empire jusqu'à Justinien ;

Notre dernier chapitre sera consacré aux réformes introduites par ce Prince.

Dans une seconde partie, nous traiterons de la condition de la mère naturelle.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CONDITION DE LA MÈRE LÉGITIME

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE LÉGITIME SOUS LA LOI DES XII TABLES

Entre l'abrogation des *Leges Regiæ* et la rédaction de la loi des XII Tables, les Romains ne furent plus régis par des lois, mais par de simples coutumes, que les patriciens, seuls juges, étaient chargés d'appliquer, et que les plébéiens les accusaient de tourner le plus souvent contre leurs intérêts. Dès l'an 292 de Rome (461 avant J.-C.), le peuple, par la voix d'un de ses tribuns, Terentillus Arsa, réclamait la rédaction d'un Code de lois : on sait que les patriciens s'y opposèrent ardemment, et Tite-Live nous a raconté toutes les péripéties de cette lutte. Le vœu du peuple ne put être réalisé qu'au bout de dix ans. En l'an 303 de Rome (450 avant J.-C.), une loi votée par les comices centuriates suspendait pour une année toutes les magistratures en vigueur, et confiait un pouvoir absolu à dix magistrats patriciens chargés de doter Rome d'un Code de lois. Les décemvirs s'acquittèrent de cette mission.

Les lois nouvelles furent consignées dans XII Tables ;

elles sont connues, dans l'histoire, sous le nom de *Leges XII Tabularum*, ou *lex decemviris*.

De quelles lois, ou de quelles coutumes, s'étaient inspirés les décemvirs? Tite-Live ¹, Denys d'Halicarnasse ² et Pomponius ³ nous rapportent qu'en l'an 300 de Rome (453 avant J.-C.) trois patriciens, dont les deux premiers de ces auteurs nous donnent les noms, furent envoyés en Grèce, — c'était alors l'apogée du siècle de Périclès, — pour recueillir et étudier les lois grecques, et notamment celles de Lycurgue et de Solon.

Un passage de Gaius, qui ne nous est pas parvenu, mais que nous rapporte Lydus ⁴, mentionne aussi ce voyage. Pomponius et Strabon ⁵ mentionnent aussi un certain Hermodore d'Éphèse qui expliquait aux décemvirs les lois grecques, et Pline l'Ancien ⁶ rapporte même qu'une statue lui avait été élevée.

Vico ⁷ et un certain nombre d'historiens modernes ont mis en doute la réalité de cette délégation envoyée en Grèce et affirmée pourtant par tant de témoignages. Quoi qu'il en soit, il est certain que les décemvirs ne se laissèrent pas dominer par l'influence des lois grecques, et que pour rédiger les lois qu'ils étaient appelés à édicter, ils s'inspirèrent surtout des coutumes romaines. C'est ainsi que la Table IV, relative aux droits de famille, reproduit et consacre les traditions des mœurs romaines, sans se conformer en rien à celles dont s'inspiraient les lois grecques.

1. T. III, 34-37.

2. X, 3, 50-58.

3. Loi 2, § 4, D., *De orig. jur.*

4. *De magistratibus Rom.*, t. I^{er}, § 34.

5. T. XIV, 25.

6. *Hist. nat.*, XXXIV, 11.

7. Voir Giraud, *Hist. du Droit romain*, p. 62.

Les lois nouvelles n'étaient d'ailleurs, en réalité, comme on peut jusqu'à un certain point s'en rendre compte, que des dispositions coutumières, formulées de manière à présenter un sens plus précis, et laissant moins de place à l'arbitraire; on peut y signaler aussi certaines innovations, mais peu nombreuses. Et quant aux emprunts faits aux lois grecques, on n'en retrouve que deux insignifiants ¹.

Cette Loi des XII Tables, que Tacite qualifie de *finis æqui juris* ², est la base de la législation romaine, bien qu'elle ne soit elle-même encore qu'une œuvre essentiellement rudimentaire, surtout par rapport aux matières qui nous occupent, c'est-à-dire aux dispositions relatives à l'organisation de la famille.

Les Romains ont toujours entouré cette loi d'un culte, d'une vénération véritable. Ils témoignent d'ailleurs en général d'un profond respect pour les lois anciennes. Mais la Loi des XII Tables jouissait entre toutes d'un prestige spécial, et l'on peut dire qu'elle est restée debout aussi longtemps que Rome elle-même, puisqu'elle ne fut jamais expressément abrogée. Elle le fut en fait sur bien des points, mais par des voies détournées, personne n'osant porter la main sur le monument juridique légué à Rome par ses véritables fondateurs. Même après que ses dispositions avaient cessé de s'appliquer, on les enseignait encore aux enfants, comme le rappelle Cicéron : « *Discebamur pueri XII ut carmen necessarium quas jam nemo discit* ³. »

Ailleurs encore le grand orateur ⁴ parle avec enthousiasme de l'antique loi. Tite-Live ⁵, Tacite, Gaius, en un mot

1. Loi 13 (Gaius), D., *Fin. regund.*, et loi 4 (Gaius), D., *De colleg.*

2. *Annales*, III, 27.

3. Cicéron, *De legibus*, II, 23.

4. *De oratore*, I, 44.

5. III, 4.

presque tous les historiens et les jurisconsultes témoignent du même respect, qui n'a d'égal de nos jours que celui de l'Angleterre pour ses vieilles traditions, dont elle ne fait pas, comme nous, périodiquement table rase.

La Loi des XII Tables est restée la pierre fondamentale de l'édifice des lois romaines : la première, elle a réglé les points jusque-là laissés à la libre appréciation des juges, et a ainsi soustrait le peuple à l'arbitraire qui pesait sur lui.

Quelque dure et imparfaite qu'elle puisse paraître, c'est une loi, — et qui dit loi dit en même temps justice et protection. C'est pourquoi elle a laissé une si profonde empreinte dans l'âme virile d'un grand peuple.

Nous avons dit que la plupart des dispositions contenues dans la Loi des XII Tables n'étaient que des dispositions coutumières et comme une consécration des mœurs. Parmi ces dispositions sont celles qui régissaient les droits de famille. Une des Tables, la Table IV ¹, était consacrée à la *patria potestas* et au *jus connubii*.

Dans le système de la Loi des XII Tables, la famille est fortement constituée : le *paterfamilias* a tous les autres membres de la famille sous sa puissance ; et par le mot *paterfamilias* on entend celui qui exerce la puissance paternelle, l'ascendant qui, à défaut d'ascendants supérieurs, est lui-même *sui juris*. Cette *patria potestas* conférait des droits exorbitants à celui qui en était investi. Le temps et le progrès des mœurs atténuaient cette rigueur primitive ; mais dans la période dont nous nous occupons actuellement, cette autorité avait encore tout son

1. Voir Jacques Godefroy, *Fragmenta XII Tabularum suis nunc primum tabulis restituta, probationibus, notis et indice munita*.

caractère farouche et barbare. « *Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum ; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus* ¹. »

Gaius ² atteste pourtant qu'une pareille puissance appartenait aux Galates sur leurs enfants ; on pourrait croire, comme pour l'institution du testament, que les Galates, Gaulois transplantés en Asie Mineure, avaient subi l'influence ambiante, si Jules César ³ ne nous rapportait aussi qu'une pareille puissance était organisée en Gaule au profit du père.

Quoi qu'il en soit, il est certain que nulle part les lois n'ont donné au père de famille plus de droits que ne lui en conférait sur ses enfants la Loi des XII Tables, et que par conséquent aucun droit ne pouvait exister pour la mère.

On peut ramener à trois catégories de droits les prérogatives de la puissance paternelle : droits relatifs au culte ; droits sur la personne de l'enfant ; droits sur ses biens.

I. — *Droits relatifs au culte.*

Le père de famille seul pouvait avoir des *sacra privata* propres : il remplissait le rôle de pontife dans sa famille.

II. — *Droits sur la personne de l'enfant.*

Le père avait sur son enfant le *jus vitæ necisque*. Ce droit qui, à en croire Papinien, avait été accordé au père par une des *Leges Regiæ* dont nous avons parlé, était consacré par la Loi des XII Tables. Le texte de Papinien porte : « *Quum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem* ⁴. » De même la Loi des XII Tables reconnais-

1. Inst., lib. I, tit. IX, § 2.

2. Comment., I, § 55.

3. De bello gall., VI, 19.

4. Coll. leg. Mos. et Roman., tit. IV, § 8.

sait au père le droit d'emprisonner son fils, de l'employer aux travaux rustiques, de le battre, de le vendre, de le tuer¹.

III. — *Droits sur les biens.*

Le père de famille avait seul le droit de posséder des biens, tout ce qu'acquéraient les fils était acquis au père, et ils n'avaient pas plus de droits que les esclaves à posséder un patrimoine propre. Dans cette organisation, l'enfant n'est plus une personne, c'est une chose qui appartient au père de famille comme tout ce qui dépend de lui.

Cette puissance si rigoureusement établie cessait-elle lorsque l'enfant était parvenu à un certain âge? Constituait-elle une mesure de protection pour les enfants, mesure destinée à disparaître le jour où ceux-ci devenaient capables de se conduire eux-mêmes? Non! La puissance paternelle durait toute la vie, non de l'enfant, mais de celui auquel il appartenait : et le fils de famille, quel que fût son âge, quelle que fût sa situation sociale, y était soumis jusqu'à ce qu'il devint lui-même chef de famille, c'est-à-dire jusqu'au moment où il avait perdu tous ses ascendants ou avait été émancipé. « *At Romanorum legislator (Romulus) omnem, ut ita dicam, potestatem in filium patri concessit; idque toto vitæ tempore : sive eum in carcerem conjicere, sive flagitiis cedere, sive vinctum ad rusticum opus detinere, sive occidere vellet ; licet filius jam rempublicam administraret et inter summos magistratus censeretur et propter suum studium in rempublicam laudaretur. Sed sublato regno, decemviri (eam legem) inter cæteras retulerunt : exstatque in XII Tabularum, ut vocant, quarta, quas tunc in foro posuere* ². »

1. Lois 11, D., *De lib. et post.* — Cf. Cicéron, *Pro domo*, 27; Aulu-Gelle, V, 19.

2. Denys d'Halicarnasse, *Archæol.*, 2, 26 et 27.

On comprend qu'en présence de droits aussi étendus et aussi rigoureux accordés au père, le rôle de la mère par rapport à ses enfants ne pouvait être qu'absolument effacé.

Chez tous les peuples où, comme chez les Romains, a régné le patriarcat, la famille a toujours été très fortement constituée ; c'est ainsi qu'en ce qui concerne la puissance paternelle conférée au chef de la famille, la législation romaine s'est montrée particulièrement sévère. Il est, d'autre part, à remarquer que chez les autres peuples un tel état de choses ne se retrouve que dans les institutions primitives, tandis qu'à Rome il s'est maintenu durant des siècles. Il n'y fut porté pendant bien longtemps que de timides atteintes ; peu à peu, pourtant, on tendit à revenir sur la sévérité primitive, et des limites furent imposées à la puissance du père de famille. Telle que nous venons d'en montrer l'organisation, et avec les droits qu'elle conférait au père de famille, la puissance paternelle ne pouvait être partagée par la mère : « *Mulier familiæ suæ et caput et finis est* ¹. »

La mère ne pouvait avoir à l'égard de ses enfants que des obligations, et non des droits comme ceux qui constituent la puissance paternelle. Le père pouvait donc prendre toutes les mesures que bon lui semblait à l'égard de son enfant sans que la mère pût s'y opposer. Elle ne pouvait considérer ses enfants comme lui appartenant ; elle-même, en sa qualité d'épouse et de mère, ne faisait pas partie de la famille.

Les enfants ne trouvaient donc aucun appui dans la mère : le père pouvait les vendre, les tuer, les empri-

1. Loi 195, § 5 (Ulp.), D., *De verb. signif.*, L. 16.

sonner sans que l'avis de la mère fût demandé. De même le consentement de la mère n'était pas exigé pour les actes ordinaires de la vie ; le père émancipait ses enfants, les donnait en adoption, les mariait sans qu'il fût nécessaire de consulter la mère ; le père avait aussi à l'origine le droit d'imposer à ses enfants le divorce sans que la mère, non plus qu'eux-mêmes, pût s'y opposer ¹.

Quelle était alors la situation de la femme, quels étaient ses droits ?

Il faut, pour s'en rendre compte, distinguer suivant que le mariage comportait ou non la *manus*, soit qu'elle eût été conférée au mari dès le début, soit qu'il l'eût acquise postérieurement.

A l'origine, la *manus* accompagnait presque toujours le mariage, mais nous ne pensons pas qu'elle en ait jamais été la suite nécessaire. Elle s'établissait par des formalités spéciales qui accompagnaient le mariage : la *coemptio* ou la *confarreatio*, et elle résultait aussi de l'*usus* ².

La femme, malgré son mariage, continuait à être soumise à la *patria potestas* du père ; la *manus* seule faisait cesser cette puissance et plaçait la femme sous la puissance de son mari.

L'autorité que le mari pouvait en ce cas exercer sur sa femme ne ressemblait en rien à la puissance maritale de nos jours. Elle conférait au mari des droits semblables à ceux que la *patria potestas* conférait au père. La femme *in manu* seule entraît dans la famille de son mari ; elle était dorénavant liée à ses enfants et aux parents de

1. Voir à ce sujet le *Stichus* de Plaute. Adde Laboulaye, sect. I, chapitre II, rapportant un autre passage de Plaute.

2. Gaius, I, §§ 111, 112 et 113.

son mari par les liens de l'agnation, parenté civile qui unissait, comme on lesait, tous ceux qui descendaient, *per masculos, justis nuptiis*, d'un auteur commun.

Sans la *manus* la femme n'était pas agnate de ses enfants, elle n'était unie à eux que par la *cognatio*, c'est-à-dire par les liens de parenté naturelle, en opposition avec l'*agnatio*, lien de parenté purement civil : *alterum enim civile, alterum naturale est* ¹.

La femme qui entrait dans la famille de son mari était, par rapport à son époux, *loco filix* ² ; elle était *loco sororis* par rapport à ses propres enfants ³. Enfin si son mari se trouvait encore sous la puissance de son père, elle se trouvait vis-à-vis de ce dernier *loco neptis* ⁴.

Par cela même qu'elle entrait dans la famille de son mari à titre d'agnate, elle avait droit dès lors à la succession de son mari dont elle devenait *heres sua* ⁵. Elle avait également des droits à la succession de ses enfants ou des autres agnats du mari, et réciproquement ceux-ci acquéraient des droits sur la succession de la femme *in manu*. Par contre, en acquérant ces droits, la femme *in manu* perdait la qualité d'agnate dans sa propre famille et par conséquent tous les droits de succession qui lui appartenaient antérieurement.

Le mari avait sur sa femme *in manu* comme sur ses enfants le *jus vitæ necisque* ⁶. Il était, il est vrai, tenu de

1. Loi 10, § 4, D., *De grad. et aff.*— Voir aussi, D., *eod. tit.*, Loi 4, § 2.

2. Gaius, I, §§ 111 et 114.

3. Gaius, III, § 14.

4. Gaius, II, § 159.

5. Gaius, II, §§ 139 et 159.

6. Suétone (*Tib.*, *Ner.* 35) ; Denys d'Halicarnasse, II, 25 ; Tite-Live, XXXIX, 48 ; Tacite, *Ann.*, XII, 32.

Faisons observer, cependant, que certains auteurs font du *jus vitæ necisque* un effet du mariage et non de la *manus*, le texte de Tacite ne pouvant se rapporter à un mariage avec *manus*, puisque la *manus* était déjà tombée

consulter au préalable les plus proches parents de la femme réunis en conseil, mais il en était tenu de même lorsqu'il voulait mettre à mort l'un de ses enfants. Cet avis ne liait nullement d'ailleurs le père ou le mari, qui restait maître d'agir à sa guise.

Sans aller jusqu'à affirmer que la femme *in manu*, comme les fils de famille, comme les esclaves, cessât d'être une personne pour devenir une chose par rapport à son mari, il est tout au moins certain qu'elle ne pouvait plus posséder de biens propres : tout ce qui lui appartenait au jour du mariage ou au jour où la *manus* a été acquise au mari ¹ appartient désormais à celui-ci, de même que dorénavant tout ce qu'elle acquerra appartiendra au mari. *Adquiritur autem nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu mancipiove habemus* ².

Cette assimilation de la femme à une chose était si absolue que le mari avait contre le ravisseur de sa femme *in manu* l'action de vol ³. Il avait l'action d'injures contre celui qui l'avait insultée ⁴.

Ajoutons que la femme *in manu* était associée au culte privé de son mari, et que ce culte devenu le sien pouvait être conservé par elle, même après la dissolution du ma-

en désuétude à l'époque où il écrivait. (Voir Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, édition annotée par M. Esmein, p. 116.)

1. Gaius, III, § 82.

2. Gaius, II, § 86.

3. Gaius, III, § 199.

4. Cette dernière action est pourtant accordée par certains textes au père de famille sans distinguer si la femme est ou non *in manu*. (Paul, *Sent.*, V, 4, § 3; Inst., IV, 4, § 2.)—Gaius (II, 221) s'exprime, au contraire, clairement dans le sens : « *Pati injuriam videmur non solum per nosmetipsos sed... item per uxores nostras, quæ in manu nostra sunt.* » Il est vrai que Lachmann donne une autre version : *quæ in manu nostra non sint.*

riage, tant qu'elle n'avait pas subi une *capitis deminutio* ¹.

Le titre de *mater familias* était dans le principe exclusivement réservé à la femme *in manu* ².

La femme soumise à cette puissance pouvait, à la différence des autres personnes *alieni juris*, y mettre fin elle-même : il lui suffisait, pour y arriver, de répudier son mari ³. Ce droit, qui lui avait été refusé par les *Leges Regiæ*, lui fut reconnu par la Loi des XII Tables ⁴ ; c'est du moins l'opinion générale, quoique certains auteurs pensent que ce droit ne lui fut reconnu que plus tard.

Si le divorce avait eu lieu, le mari était tenu de dissoudre la *manus* par une *diffarreatio* ou une *mancipatio* suivie d'affranchissement, suivant que la *manus* avait été constituée par la *confarreatio*, la *coemptio* ou l'*usus*.

Les femmes usèrent rarement au début du droit qui leur était attribué ; mais plus tard, et dès le premier siècle de l'Empire, on les vit aller jusqu'à en faire le plus scandaleux usage ⁵.

Nous avons dit que la *manus* ne résultait pas du mariage même et qu'il fallait, pour l'établir, l'accomplissement de formalités spéciales. A l'origine, il est à penser que la *manus* accompagnait le plus souvent le mariage : mais dans le cas où les formalités nécessaires n'étaient pas remplies, la femme restait, au point de vue civil, étran-

1. Plusieurs textes attribuent cet effet au mariage lui-même ; ces textes appartiennent d'ailleurs à une époque où la *manus* était devenue fort rare. Loi 1 (Modestin), D., *De rit. nupt.*, et Loi 2, (Gardien) C., *De crim. exp. her.*

2. Cicéron, *Topiques*, n° 3 ; Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XVIII, chap. vi.

3. Gaius, I, § 137.

4. Montesquieu, *Esprit des Lois*, XVI, 16. — Cpr. Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome*, t. 1^{er}, p. 214 ; Marezole, *Précis d'un cours sur l'ensemble du Droit privé des Romains*, § 150.

5. Voir Sénèque, *De benef.*, III, 16 ; Martial, *Epigram.*, 7, liv. VI ; Tertullien, *Apolog.*, § 6.

gère à la famille de celui-ci et à ses propres enfants, auxquels elle n'était liée que par la parenté naturelle ou *co-gnatio*. Elle continuait d'appartenir à son ancienne famille, restant placée sous l'autorité de son père ; ou, si elle était *sui juris*, sous la tutelle de son agnat le plus proche : aucun droit de succession réciproque n'existait donc entre la femme et son mari, entre la mère et ses enfants, tandis qu'elle conservait au contraire tous ses droits dans sa famille originaires.

Quels pouvaient être à cette époque les droits de la mère par rapport à ses enfants ?

Sur leur personne, elle n'en avait aucun. Le père seul était investi de la puissance paternelle. Le *paterfamilias* était maître souverain : c'est à lui qu'il appartenait de commander à tous les membres de la famille : femme, enfants ou esclaves. « Un seul homme, a dit un auteur allemand, peut être le chef de la famille ; la femme ne cesse jamais d'appartenir à la maison, et, dans cette maison, elle a toujours un maître, le père quand elle est la fille, le mari quand elle est l'épouse. »

Les droits du mari sur sa femme étaient, comme nous l'avons vu, bien plus étendus quand il avait la *manus* que lorsqu'elle n'existait pas ; mais comme mère, la femme, qu'elle fût soumise ou non à la *manus*, n'avait ni plus ni moins de droits sur la personne des enfants. Le père seul pouvait tout sur eux, et autant son autorité était étendue, autant celle de la mère était annihilée.

Le père était libre de donner à l'enfant l'éducation que bon lui semblait : il pouvait le faire travailler avec ses esclaves, le traiter avec la dernière rigueur, l'emprisonner, lui appliquer des peines corporelles, le vendre, et même, s'il lui en prenait fantaisie, le tuer : la mère ne

pouvait s'opposer à aucune de ces volontés ; elle devait se soumettre absolument à la décision de son mari, qui, comme nous l'avons dit, remplissait le rôle de magistrat dans la famille. Nous pouvons penser seulement que si, avant de mettre l'enfant à mort, le père était tenu de consulter un conseil composé de parents, la mère devait être appelée à en faire partie : les textes ne donnent pas d'ailleurs de renseignements précis pour la composition de ce conseil, et ce n'est donc là qu'une pure hypothèse.

Quoi qu'il en soit, le père pouvait arracher l'enfant à sa mère sans que celle-ci eût la faculté de s'y opposer en rien ; il lui fallait courber la tête, et son rôle était d'obéir. De même le père pouvait émanciper l'enfant, le donner en adoption, sans que la mère fût consultée.

De même encore, pour le mariage de l'enfant, ni le consentement ni le simple avis de la mère n'étaient nécessaires. « *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes : id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt* ¹. »

Il résulte implicitement de ce texte que le consentement de la mère n'était pas nécessaire, puisqu'elle n'exerçait jamais la puissance paternelle.

Nous avons dit que le père pouvait de même imposer à son enfant le divorce ; la mère n'avait pas le droit de manifester à cet égard son mécontentement et d'empêcher d'une manière quelconque le divorce ainsi ordonné : il va sans dire qu'elle-même ne pouvait répudier au nom de son enfant. Ce droit était en effet un attribut de la puissance exorbitante reconnue au *paterfamilias*, et, par suite

1. Loi 2 (Paul), D. *De ritu nupt.*

de ce caractère même, il ne pouvait appartenir à la mère ¹.

La mère, pendant son mariage, était donc absolument dépourvue de droits, et sans force devant la décision du père de famille. Après la dissolution du mariage, acquerrait-elle plus de droits? Non, car ce n'est pas à elle que revenait la tutelle de ses enfants. La tutelle était en effet une charge publique, un *munus virile*, qui ne pouvait être exercé par une femme, fût-elle la mère du pupille. « *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineæ infirmitatis tale officium est* ². »

Comment la mère aurait-elle pu d'ailleurs exercer la tutelle, puisque toutes les femmes étaient elles-mêmes en tutelle perpétuelle, *propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam* ³, ou encore *propter animi levitatem* ⁴? Si donc la mère n'était pas *in manu*, elle demeurerait après son veuvage sous la même tutelle que pendant le mariage; si elle était au contraire *in manu mariti*, elle devenait *sui juris* par la mort de son mari, et elle était placée dès lors sous la tutelle de son plus proche agnat, qui pouvait être son propre enfant, si toutefois le mari lui-même ne lui avait pas nommé un tuteur testamentaire.

La mère n'avait donc pas la tutelle de ses enfants: pouvait-elle être du moins chargée de leur garde et de leur éducation?

Le tuteur en effet n'avait pas à s'occuper de la personne de l'enfant, sauf la nécessité de son intervention

1. Voir Loi 4, C., *De repudiis*, V, 17.

2. Loi 1, Code, *Quando mul. tut.* V, 35,— *Adde* Loi 16 pr., D., *De tut.*

3. Ulp., *Reg.*, XI, § 1.

4. Gaius, *Comm.*, I, §§ 144 et 190.

pour l'adrogation; le pupille n'avait pas son domicile chez son tuteur; ce n'est pas à celui-ci qu'appartenait la direction de l'éducation, c'était à un *custos*, à un parent du pupille nommé le plus souvent par le magistrat sur la demande du tuteur ou des parents et alliés du pupille. La mère pouvait donc être choisie pour remplir ce rôle, mais la loi ne lui accordait aucun droit de préférence.

La mère n'avait pas non plus une surveillance à exercer sur le tuteur ou sur le *custos* chargé par le magistrat de la garde de l'enfant. Le droit de poursuivre le tuteur à raison d'un *crimen suspectum* ne paraît pas non plus lui avoir été reconnu, du moins dans cette première période.

Si la mère était sans droit aucun sur la personne des enfants, en était-il de même par rapport à leurs biens ?

Il existait à Rome, entre ascendants et descendants, une obligation alimentaire, mais cette obligation n'était pas imposée à la mère à l'égard de ses enfants, ni aux enfants vis-à-vis de la mère à l'époque que nous étudions.

Quant au droit de succession, il fallait distinguer entre le cas de mariage accompagné de la *manus* et celui où la mère n'était pas *in manu mariti*. Nous avons dit, en effet, que, seule, la femme *in manu* entraît dans la famille de son mari et acquérait des droits à la succession des agnats de cette famille. Ses enfants figuraient au premier rang de ces agnats; il existait entre eux et leur mère des droits réciproques de succession, tandis qu'en l'absence de la *manus*, il n'en existait aucun entre la mère et ses enfants.

« *Similiter non admittuntur cognati qui per femini sexus personas necessitudine junguntur: adeo quidem ut nec inter matrem et filium, filiamve ultro citroque hereditatis ca-*

piendæ jus competat præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint ¹. »

La mère n'ayant de droit de succession qu'à titre d'agnate, ce droit se perdait nécessairement si par suite d'un événement quelconque le lien de parenté civile qui l'unissait à son enfant venait à être dissous. C'est ainsi que, si l'enfant sortait de la famille par une émancipation ou une adoption, l'agnation, était dissoute et les droits de succession de la mère disparaissaient en même temps.

La mère ne laissait donc pas *ab intestat* ses biens à ses enfants. Elle ne pouvait pas non plus les leur laisser par testament, car elle ne pouvait tester. Elle ne pouvait même pas faire de donation profitable à son enfant lui-même, car celui-ci était sous la puissance de son père : c'est au père que les biens donnés se seraient trouvés acquis, et il eût fallu, pour que la donation profitât à l'enfant lui-même, qu'il fût sorti de la puissance paternelle.

On le voit, la mère romaine était, à l'origine, presque dépourvue de tous droits à l'égard de ses enfants. Mariée sans *manus*, elle leur était civilement étrangère et appartenait à une autre famille que la leur. Mariée *in manu*, elle était au nombre des agnats de ses enfants. Il n'en résultait pas d'ailleurs plus de droits pour elle par rapport à leurs biens, sauf le droit de succession commun à tous les agnats, et encore une *capitis deminutio* venant à rompre l'agnation faisait-elle disparaître son droit à la succession de ses agnats et réciproquement. Soumise à la même puissance que ses enfants, elle ne pouvait ni les protéger ni les secourir ; sa voix n'eût même pas été entendue.

1. Gaius, III, § 24.

Telle était la situation que la Loi des XII Tables faisait à la mère. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'en fait la mère ne jouât dans la famille romaine qu'un rôle aussi effacé ; les mœurs, en effet, étaient bien autrement favorables que les lois à la femme, et en particulier à la mère.

Les Romains avaient fait du mariage une institution élevée entre toutes. La femme était la compagne de l'homme et son égale dans la maison. Jamais Rome n'autorisa la polygamie, cette institution qui dégrade la femme en lui enlevant la dignité de l'épouse.

Cette manière d'envisager le mariage ressort des définitions mêmes des jurisconsultes. Modestin le définit ainsi : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitæ : divini et humani juris communicatio* ¹. » De même Gordien l'appelle *socia rei humanæ, atque divinæ domus* ².

C'est sous l'empire de la Loi des XII Tables que la mère était légalement considérée comme privée de tous droits, et c'est certainement à cette époque pourtant que la sainteté des liens du mariage était le plus respectée. Quelle preuve plus évidente en donner que celle qui résulte de ce fait que, bien que le divorce fût admis par la Loi des XII Tables elle-même, il était si peu entré dans les mœurs qu'il fallut l'ordre des questeurs pour faire prononcer le seul divorce qui ait eu lieu pendant les trois premiers siècles de la République ³ ?

1. Loi I, D., *De rit. nupt.*, XXIII, 2.

2. Loi 4, C., *De crim. expilat. heredit.*, IX, 32.

3. On rapporte que ce premier cas de divorce eut lieu en l'an 520 de Rome (233 ans avant J.-C.) et l'on rattache à ce fait le nom de Spurius Carvilius Ruga. Valère-Maxime parle cependant d'un certain Lucius Antonius qui aurait répudié sa femme sans prendre le conseil de ses amis, et qui, pour ce fait, aurait été exclu du Sénat par les censeurs Valerius Maximus et Junius Bulbucus : ce divorce aurait eu lieu en l'an 447 de

Le droit pour le mari de répudier sa femme pour des causes déterminées avait été pourtant reconnu dès l'origine par une *lex regia* attribuée à Romulus : mais de longtemps aucun n'avait songé à user de ce droit dont l'usage eût fait encourir la désapprobation générale.

La femme était donc en fait l'égale de son mari, si en droit elle était sous sa puissance. Au dehors comme dans l'intérieur de la maison, elle tenait le même rang que lui ¹ : *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* ², disait-elle en entrant pour la première fois dans la maison conjugale. Cette formule, par sa simplicité même, témoigne du rôle que la femme était appelée à jouer dans la famille. « Ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, dit M. Gide, c'est la matrone, la mère de famille, vénérée des esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison, et au dehors, étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et du conseil du Sénat ³. »

Les anciens auteurs sont unanimes à cet égard. La femme, nous dit Denys d'Halicarnasse, était *καρία τοῦ δίκου τὸν αὐτὸν τρόπον ὁνπῆρ καὶ ὁ ἀνὴρ* ⁴. Cornelius Nepos va plus loin : à l'entendre, l'égalité entre l'homme et la femme était dépassée au profit de celle-ci, et c'est elle qui tenait le premier rang dans la famille : *aut cujus non mater primum locum tenet ædium* ⁵.

Nous avons dit qu'en droit la mère n'était jamais appe-

Rome (306 avant J.-C.). Liv. II, chap. ix, n° 2, *Factorum memorabilium dic-torumque*. — Cf. Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XVII, 2, § 44, et IV, 3, § 2.

1. *Fr. Vat.*, § 104.

2. *Plut., Quæst. Rom.*, 30.

3. *Étude sur la condition de la femme*, édit. annotée par M. Esmein, p. 98.

4. II, 25.

5. Cornelius Nepos, *Præf.*

lée à donner son avis sur le mode d'éducation de ses enfants et que le père était leur maître absolu. En réalité, pourtant, c'est la mère qui le plus souvent était chargée de leur éducation, surtout dans le premier âge ¹, et les enfants avaient pour elle les mêmes égards et la même déférence que pour leur père. Le père, chargé de punir les enfants, n'aurait pas manqué d'exercer ses droits envers ceux qui auraient manqué de respect à leur mère.

La mère romaine, et, en général, la femme romaine, avait donc su, par son propre mérite et ses vertus, obtenir des mœurs ce que la loi lui refusait.

Tel était le rôle de la mère pendant la vie du mari. Après la mort de celui-ci, comme nous l'avons dit, la tutelle ne pouvait, à cette époque du moins, lui appartenir; mais comme la garde de l'enfant n'était pas confiée à un tuteur, mais bien à un parent, elle était le plus souvent appelée en fait à cette fonction, malgré l'absence de toute préférence à elle accordée par la loi. Chez qui en effet l'enfant aurait-il mieux trouvé les tendres soins dont il a besoin? — et pouvait-il être question d'une prétendue incapacité lorsque le mari lui-même avait durant sa vie confié à la mère la première éducation de l'enfant?

Que si la garde de l'enfant n'avait pas été confiée à la mère, mais à un autre parent, et si celui-ci ne remplissait pas dignement sa charge, la mère pouvait s'adresser aux magistrats, et ceux-ci tenaient compte de ses observations.

On le voit, si la loi était dure pour la mère, les mœurs l'étaient moins, et par cela même qu'elles étaient encore

1. Tacite, *De oratoribus*, 28; Horace, *Odes*, III, 6.

vertueuses et pures, le rôle de la femme n'avait pas trop à souffrir de la rigueur de la loi.

Avec leur abaissement et leur corruption il devint nécessaire d'inscrire dans la loi les adoucissements auxquels elles suffisaient jusque-là, et c'est ce progrès que nous voyons se réaliser pendant la période qui correspond à la conquête de l'univers par Rome, et de celle de Rome par la corruption :

Luxuria incubuit, victumque ulciscitur orbem.

CHAPITRE II

PÉRIODE POSTÉRIEURE A LA LOI DES XII TABLES
A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE

(jusqu'à l'an 31 avant J.-C., 722 de Rome).

Comme nous venons de le dire, on ne retrouve plus dans le dernier siècle de la République l'antique sévérité de mœurs qui faisait tant d'honneur à la vieille Rome. Un grand changement s'est produit, non dans la loi, mais dans les mœurs, par rapport aux relations de famille. Le mariage a perdu le caractère sacré qu'il avait chez les anciens Romains. Le divorce, qui, s'il était permis dès l'origine par la loi, était absolument inconnu en fait, est devenu maintenant extrêmement fréquent, et la dignité a disparu du foyer domestique. Les maris ne se faisaient pas scrupule de répudier leurs femmes pour les motifs les plus futiles ; elles-mêmes recouraient souvent d'ailleurs au *libellum repudii*.

Un tel état de choses ne semblait pas de nature à relever le rôle de la femme et à lui faire accorder des droits qu'elle devait tenir de sa vertu et de ses hautes qualités morales. Ces droits semblaient ne pouvoir être reconnus à la mère sans scrupules, à la femme sans honneur.

Si pourtant la matrone n'était plus la femme vénérée des anciens temps, en droit elle allait vers l'émancipation ; les liens si étroits qui l'enchaînaient à son père et à son mari s'étaient relâchés, la *manus*, si fréquente à l'origine et qui accompagnait presque toujours le mariage, était devenue de plus en plus rare, et avait presque complètement disparu à la fin de la République. De même la tutelle à laquelle la femme *sui juris* était soumise perd de plus en plus sa rigueur primitive ; elle devient même une mesure de pure forme aux mains d'un autre tuteur que les agnats, et, comme le dit Cicéron, « ce n'est plus la faiblesse du jugement des femmes qui les fait mettre en tutelle, les jurisconsultes ont imaginé des tuteurs soumis à la puissance des femmes¹ ». La femme a donc acquis des droits au dehors en même temps qu'elle perdait de sa dignité d'épouse et de mère.

Les femmes usaient et abusaient, avons-nous dit, du *libellum repudii*. Au cas de divorce, elles reprenaient la dot par elles apportée. La constitution de dot, presque inconnue à l'origine et incompatible d'ailleurs avec la *manus*, était devenue, sinon obligatoire, du moins usuelle. Or le mari qui avait reçu une dot se trouvait dès lors en quelque sorte dans la dépendance de sa femme qui pouvait toujours le soumettre à l'obligation de restituer cette dot en recourant au divorce. Elle arrivait ainsi à se soustraire à l'exercice de la puissance maritale. « *Argentum adcepi, dote imperium vendidi*². » — « *Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri*³. »

Les femmes ayant acquis par leur situation et leur richesse une influence qu'elles eussent pu mieux employer,

1. Cicéron, *Pro Murena*, C. 42. — Voir Giraud, *Revue historique du Droit français*, t. XII, p. 305.

2. Plaute, *Asin.*, act. I, sc. I, ver. 74.

3. Plaute, *Aulul.*, acte III, sc. v, ver. 60.

les lois essayèrent de remédier à cet état de choses ; c'est ainsi qu'une loi *Oppia* intervint pour tenter de mettre une limite au luxe effréné des femmes. Cette loi, d'abord temporaire, était, dans l'intention de son promoteur, Caton, destinée à devenir perpétuelle¹ ; mais, malgré l'autorité du grand moraliste, l'influence de la femme l'emporta, et la loi fut abrogée.

Un autre loi, la loi *Voconia*, fut rendue l'an 586 de Rome (167 avant J.-C.), dans le même ordre d'idées. Elle tendait au même but, mais par une voie détournée : pour tuer le luxe, on s'efforçait d'empêcher l'enrichissement des femmes. C'est ainsi que la loi nouvelle défendait à un testateur possédant plus de cent mille as d'instituer pour héritière une femme². Cette disposition, étant générale, s'appliquait même aux enfants qui eussent voulu instituer leur mère.

Quels étaient à cette époque les droits de succession de la mère sur les biens de ses enfants, et réciproquement les droits de ceux-ci sur les biens de leur mère ?

Nous avons dit que si la mère avait, d'après la Loi des XII Tables, des droits à la succession de ses enfants, ce n'était pas en sa qualité de mère, mais en sa qualité d'agnate que ces droits lui étaient dévolus : la femme *in manu* seule pouvait succéder à ses enfants, et c'est comme agnate que ce droit lui appartenait. La *manus* n'étant plus, à l'époque à laquelle nous sommes arrivé, qu'une institution exceptionnelle, la mère n'était donc plus que bien rarement appelée à recueillir une part dans la succession de ses enfants.

Il est évident qu'il y avait là une situation inique, et il

1. Tite-Live, XXXIV, 1-8.

2. Gaius, II, § 274.

fallait trouver un moyen qui permit à la mère de recueillir les biens de son enfant. Ce moyen, il appartenait au préteur de le fournir, et il y parvint par la *bonorum possessio unde cognati*. Grâce à cette innovation du droit prétorien, la mère était appelée à succéder à ses enfants, mais seulement à défaut de *sui* et d'agnats. Cette *bonorum possessio* n'était d'ailleurs pas exclusivement accordée à la mère; elle pouvait être invoquée par tous les autres cognats jusqu'au sixième degré, et par les enfants de cousins et cousines issus de germains, *sobrino sobrinave nati* ¹. La mère venait au premier rang avec les enfants du défunt; mais comme les cognats n'étaient appelés qu'à défaut de *sui* et d'agnats, elle pouvait se trouver exclue par des collatéraux éloignés.

On s'explique que la mère ne pût en droit civil ni succéder ni laisser sa succession à ses enfants. La théorie des successions en droit romain était, en effet, fondée sur l'idée de copropriété. Or, aucune copropriété de biens ne pouvait exister entre les enfants et la mère. C'est pourquoi aussi la mère n'était pas, comme le père, tenue de les exhériter expressément; il suffisait qu'elle les eût omis. « *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere. Nam silentium matris..... tantum fecit quantum exhereditatio patris* ². »

Dans la période suivante, au premier siècle de l'Empire, on accorda à l'enfant le droit d'exercer la *querela inofficiosi testamenti* contre le testament de sa mère qui l'omettait ou l'exhéritait, et la mère eut comme les autres ascendants les mêmes droits à l'égard du testament de l'en-

¹. Instit., § 5, liv. III, 3.

². Inst., § 7, II, 43.

fant. Mais lorsque cette voie de recours fut admise, ce n'est pas sur l'idée de copropriété des biens qu'on se fonda, ce fut sur l'idée des devoirs réciproques, *officium pietatis*, naturellement imposés aux ascendants et aux descendants. Aussi, pour ce cas, la *querela* proprement dite ne fut-elle admise que plus tard : à l'origine, alors qu'on ne se fondait que sur l'idée de copropriété, la *querela* ne fut qu'une voie de recours accordée aux descendants exhérédés par les ascendants paternels.

Nous en avons fini avec cette seconde période.

La femme, et par conséquent la mère, ne sont plus les dignes épouses, les vénérables matrones d'autrefois ; la corruption s'est peu à peu substituée à la vertu, et les relations avec la Grèce n'ont sans doute pas dû être étrangères à cette déplorable déviation.

Nous avons vu que, pour remédier aux progrès incessants du mal, la loi dut intervenir. Après les lois *Oppia* et la loi *Voconia*, que nous avons citées, d'autres se succédèrent jusqu'à l'établissement de l'Empire ; il y eut toute une série de lois somptuaires, entre autres celle de César, aux termes de laquelle les femmes au-dessous de 45 ans, non mariées ou sans enfants, ne pouvaient ni porter des pierreries, ni se faire promener en litière.

Ces lois atteignirent-elles leur but ? Non. L'ingéniosité féminine trouva des biais pour se soustraire à ces rigueurs ; c'est d'ailleurs le sort commun à toutes les lois somptuaires. Nous verrons que les réformes d'Auguste ne furent pas plus heureuses, et que, loin de mettre un frein au luxe et à la débauche, elles n'aboutirent qu'à un coupable raffinement de précautions.

Ce n'est pas par des lois de ce genre qu'on pouvait relever le rôle de la mère.

CHAPITRE III

CONDITION DE LA MÈRE DEPUIS AUGUSTE JUSQU'À CONSTANTIN

Le relâchement des mœurs rigides de l'antique cité, que nous avons constaté dans les derniers siècles de la République, ne fit que s'accroître sous l'Empire.

Les divorces devinrent de plus en plus fréquents : l'exemple venait d'en haut. N'avait-on pas vu Auguste, Tibère, Claude, Néron, Domitien, Titus lui-même répudier leurs épouses ? La corruption s'était étendue à toutes les classes : Cicéron lui-même, le moraliste par excellence, ne s'était-il pas laissé entraîner par le courant et n'avait-il pas répudié sa femme Terentia ¹ ! On divorçait le plus souvent sans cause : « Le divorce est le fruit du mariage, » dit Tertullien ², et on sait en quels termes éloquents Juvénal, dans sa fameuse satire sur les femmes ³, a flétri cette déplorable coutume.

Le mariage était devenu affaire de spéculation ; on se mariait à des femmes de mauvaise vie pour pouvoir ensuite, en demandant le divorce, garder une partie de la dot à titre de *retentio propter mores* ⁴.

1. Plutarque, *Vie de Cicéron*, p. 593 et 609.

2. *Apol.*, § 6.

3. Voir Henriot, *les Poètes juristes*, p. 37.

4. Ulpien, *Reg.*, VI, 12. — Voir aussi Troplong, *Influence du christianisme sur le Droit civil des Romains*, p. 210.

La dépravation des femmes était pire encore que celle des hommes. « *Numquid jam ulla repudio erubescit*, dit Sénèque, *postquam illustres quædam et nobiles fœminæ non consulum numero, sed maritorum omnes suos computant : exeunt matrimonii causa, nubent repudii* ¹. »

Comment s'étonner alors qu'on lût sur le tombeau des mères des épitaphes comme celle-ci : *Conjugi piæ, inclitæ, univiræ*.

La loi devait intervenir pour mettre un terme à ce scandale, sinon il eût fallu s'écrier avec Martial : *Quæ nubit toties, non nubit, lege adultera est* ².

Quel pouvait être le rôle de la mère dans un pareil relâchement des mœurs ³ !

Auguste fut le premier à vouloir mettre un frein à l'abus du divorce sans motifs, *divortius modum imposuit* ³. Il astreignit le *repudium* à des formalités de publicité et il édicta des peines contre celui des époux qui, par ses mauvaises mœurs, donnait lieu au divorce. Ces dispositions n'atteignirent pourtant pas leur but, et il fallut recourir à d'autres ; ce n'est que sous les empereurs chrétiens que des mesures sévèrement appliquées furent prises contre le divorce.

Le mariage, par cela même qu'il était devenu si facile à dissoudre, n'avait plus pour les Romains le même attrait : il leur inspirait plutôt de l'éloignement. Les femmes, jalouses de leur liberté, dont elles faisaient d'ailleurs un si mauvais usage, se refusaient à entrer dans les liens du mariage. C'est pour remédier à un tel état de choses qu'Auguste fit édicter des lois accordant des privilèges aux

1. *De benef.*, III, 16. — Voir aussi Juvénal, *Sat.* VI, v. 229.

2. Martial, lib. VI, ep. 7.

3. Suétone, *In Aug.*, 34.

personnes mariées ayant des enfants. Deux siècles auparavant, Caton prêchait déjà le mariage comme une corvée patriotique, et après lui, un siècle plus tard, Métellus Numidicus s'expliquait dans des termes analogues, sinon aussi humoristiques.

Il nous faut examiner les dispositions des lois d'Auguste dans les célèbres lois Julianne et Papienne, plus connues sous le nom de lois Caducaires.

Punir le célibat, accorder des primes au mariage et à la paternité, tel était le double but poursuivi par ces lois. Auguste espérait ainsi arriver à moraliser la société : mais c'est à quoi ne pouvaient aboutir des lois Caducaires. Loin de réprimer la débauche, elles la rendirent presque inévitable ; on se mariait, non plus pour constituer une famille à laquelle on consacrerait toute sa vie, mais pour ne pas encourir les déchéances prononcées par la loi ou pour bénéficier des privilèges accordés par elle : on se mariait, dit Plutarque, pour avoir non des héritiers, mais des héritages¹.

La corruption était dans les mœurs et de pareilles lois étaient impuissantes pour y remédier.

.... *Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt* ?

Il fallait du temps pour qu'une pareille réforme pût aboutir ; il fallait réagir contre des usages entrés bien avant dans les mœurs : ce ne pouvait être que l'œuvre du temps. On ne réforme pas une société du jour au lendemain, surtout à l'aide d'une prime accordée au mariage. Cette institution n'est respectée et respectable que lorsqu'elle est

1. *De am. prolis*, 2.

2. Horace, *Od.*, III, 24, v. 33 et 36

au-dessus des mesquins intérêts que favorisaient les lois Caducaires. Aussi ces lois ne réussirent-elles pas à rétablir la sainteté du lien conjugal, et n'aboutirent-elles qu'à légitimer en quelque sorte la corruption des mœurs, en lui offrant aux yeux des coupables une excuse, et, ce qui est plus fâcheux encore, un profit.

Nous avons à examiner les dispositions des lois Caducaires et à décider si elles s'appliquaient ou non aux femmes comme aux hommes. La première de ces lois fut la loi *Julia, de maritandis ordinibus*, rendue en l'an 757 de Rome (4 après J.-C.); puis la loi *Papia Poppæa*, promulguée en l'an 762 (9 ans après J.-C.), vint compléter la première. Comme nous l'avons dit, on désigne, en général, ces lois sous le nom de *leges caducaræ*; on les nommait aussi au début *leges novæ*.

Ces lois établissent, comme nous le verrons, des incapacités de recueillir des successions à l'égard de certaines personnes, mais elles n'envisagent que les successions testamentaires dans lesquelles il faut y comprendre la *honorum possessio secundum tabulas*¹; elles restent tout à fait étrangères à la succession *ab intestat*.

Aux termes de la loi *Julia* les *cælibes*² étaient privés du *jus capiendi*³; la loi *Papia* décida que les *orbi*⁴ ne pourraient exercer ce droit que pour la moitié de ce qu'ils

1. Loi 138, *De verb. signif.*; loi 16 et loi 12, § 1, *De bon. poss.*, XXXVII, 1.

2. Les lois Caducaires ne s'appliquaient pas aux impubères qui étaient ainsi exempts des peines dont était frappé le célibat. La loi *Julia* avait-elle, en outre, accordé, à partir de la puberté, un délai pour le mariage? C'est ce qu'on ignore. Tertullien (*Apolog.*, cas. p. 4) l'affirme, mais sans indiquer le délai.

A partir de cinquante ans pour les femmes et de soixante pour les hommes, il n'y avait plus lieu à l'application des peines prononcées par cette loi.

3. Gaius, II, § 111.

4. La loi *Papia* ne déclarait les femmes *orbæ* qu'à partir de vingt ans. La limite était fixée à vingt-cinq pour les hommes. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 1.)

étaient appelés à recueillir ¹ Les *orbi* sont donc seulement *non solidi capaces*, tandis qu'on traite les *cœlibes* d'*impes.æcui*

Qu'entendait-on par *cœlibes* et par *orbus*? *Orbus* c'était l'homme marié qui n'avait pas d'enfant ². Quant au mot *cœlibes*, il signifie célibataire : mais s'applique-t-il également au veuf qui n'aurait pas d'enfants légitimes? C'est ce qui paraît ressortir d'un texte malheureusement incomplet d'Ulpien, où ce jurisconsulte met, en effet, à côté du *cœlibes* et de l'*orbus* le *pater solitarius* ³. En tous cas, si cette distinction était faite, il est probable que le *pater solitarius* n'était pas traité de la même manière que le *pater*.

Aux *orbi* et aux *cœlibes*, les lois *Julia* et *Papia* opposaient les *patres*, c'est-à-dire les hommes mariés ayant au moins un enfant. C'est là un point qui, comme on va le voir, se rattache directement à notre sujet : nous aurons à nous demander s'il faut assimiler les *matres* aux *patres*.

Les *patres* avaient la *solidi capacitas* et jouissaient ainsi du *jus capiendi* pour la totalité de la succession à eux échue. La qualité de *pater* leur conférait encore d'autres droits que nous examinerons plus loin.

Ajoutons que les *leges novæ* laissaient en dehors de leurs prescriptions toute une catégorie de personnes qui étaient *solidi capaces* ⁴. Ces personnes non visées par les nouvelles lois étaient, avec les conjoints et les alliés en ligne descendante ou ascendante, les cognats jusqu'au sixième et septième degré, les *sobrino* ou *sobrino nati*. Il en résulte

1. Gaius, II, § 286.

2. Lois 148 et 149, D., *De verb. signif.*, L. 16.

3. Ulp., *Reg.*, Rubrique, tit. XIII.

4. Ulp., *Reg.*, XIV et XVI, § 1. — *Fr. Vat.*, §§ 216-219.

que la mère instituée héritière par ses enfants, et les enfants institués par leur mère n'étaient pas soumis aux restrictions des lois Caducaires qui n'avaient en rien modifié à leur égard les anciennes lois.

Les *leges novæ* intéressent au plus haut point la question de la condition de la mère, si l'on admet qu'elles attribuent une prime à la maternité et qu'elles confèrent des droits aux femmes qui ont des enfants.

Mais c'est une question controversée que celle de savoir si elles s'appliquaient aussi bien aux femmes qu'aux hommes, ou exclusivement à ceux-ci ; en d'autres termes, si les Romains accordaient à la maternité les mêmes privilèges qu'à la paternité.

Nous avons vu que les lois nouvelles établissaient des déchéances contre les *cælibes* et les *orbi*, et que d'un autre côté elles établissaient des privilèges en faveur des *patres*. En ce qui concerne les déchéances, il est certain que les femmes devaient aussi bien que les hommes se soumettre aux lois Caducaires. Un délai était accordé à la veuve et à la femme divorcée pour se remarier, et ce n'est que passé ce délai que la déchéance était encourue.

Aux termes de la loi *Julia*, la veuve et la femme divorcée devaient se remarier, la première dans l'année, la seconde dans les six mois à partir de la dissolution du mariage, faute de quoi elles perdaient le *jus capiendi*. Ces délais furent augmentés par la loi *Papia*, qui accorda à la veuve deux ans et à la femme divorcée dix-huit mois ¹.

1. Ulp., *Reg.*, XIV.

Quant à la prérogative accordée aux *patres* par les lois Caducaires, les femmes mariées et les mères pouvaient-elles en bénéficier ? Suffisait-il à la femme d'avoir un seul enfant pour être *solidi capax*, ou lui en fallait-il au contraire un plus grand nombre, variant suivant sa qualité, c'est-à-dire suivant qu'elle était ingénue ou affranchie ?

L'existence d'un plus ou moins grand nombre d'enfants conférait aussi, sous le nom de *jus liberorum*, un certain nombre d'autres droits à la mère. Fallait-il, sans tenir compte de ce *jus liberorum* au point de vue des droits aux successions, assimiler complètement la mère au père, ou au contraire, la traitant plus durement, ne lui accorder les mêmes prérogatives qu'à des conditions plus onéreuses ? C'est là une question qui ne laisse pas que de faire difficulté, et les avis des romanistes sont partagés.

D'après certains auteurs, la femme n'était pas traitée de la même manière que l'homme : il ne lui eût pas suffi, pour échapper aux peines de l'*orbitas*, d'avoir un ou même deux enfants ; il lui fallait le *jus liberorum*.

Suivant un autre système, au contraire, les règles de la *solidi capacitas* étaient les mêmes pour les femmes que pour les hommes.

Écartons d'abord un texte de Dion Cassius ¹, que l'on a pensé à invoquer dans le premier système. D'après ce texte, le Prince peut accorder et la *solidi capacitas* et le *jus patrum* à ceux qui n'avaient pas trois enfants. Ce texte pris à la lettre prouverait beaucoup trop : il s'applique en effet aux hommes aussi bien qu'aux femmes, et il en résulterait que le nombre de trois enfants était exigé même

1. LV, 2.

des hommes pour la *solidi capacitas*; d'un autre côté, on aboutirait à dire que la femme qui a trois enfants a droit aux *præmia patrum*, et nous verrons que les partisans de ce système eux-mêmes ne reconnaissent pas aux femmes le *jus patrum*. Il faut donc, nous le répétons, laisser de côté ce texte; il ne veut dire, selon toute apparence, qu'une chose : c'est que le *jus liberorum* accordé par le Prince conférait les mêmes droits que la naissance d'un enfant, et cela relativement à la *solidi capacitas* ¹.

On invoque encore quatre autres textes qui se partagent entre les deux systèmes, mais dont nous croyons qu'il ne faut pas non plus tenir compte.

On cite d'abord, pour soutenir que le *jus liberorum* conférait seul des droits à la mère, deux constitutions inscrites au code Théodosien : ce sont les constitutions 8 et 9, *De don. proscr.*, IX, 42. Elles sont relatives aux droits de la mère sur la succession de son fils condamné à mort ou à la déportation, et n'accordent de droits qu'à la femme mère de trois enfants en se fondant, disent-elles, sur la loi *Papia* : « *Papiæ legis privilegiis destituta neque trino partu fecunditati publicæ gratiosa.* »

Nous pensons que c'est aller trop loin que de tirer de ces textes un argument irréfutable en faveur du système qui admet la nécessité du *jus liberorum*. Quelle autorité attacher, en effet, à un texte qui invoque la loi *Papia* à une époque où depuis longtemps cette loi n'était plus en vigueur? L'hypothèse prévue par le code Théodosien est d'ailleurs tout à fait exceptionnelle. Ajoutons que la loi *Papia* ne pouvait même pas s'appliquer dans ce cas, puisqu'il s'agissait d'une mère, et que la mère était comprise dans

1. Ulp., *Reg.*, tit. XVI, *De solidi cap.*, § 1.

la catégorie des personnes qui restaient en dehors de l'application des lois Caducaires.

Quant aux deux autres textes qu'on invoque dans le système que nous défendons, nous en faisons également bon marché ; ils ne fournissent au fond aucun argument. Ce sont les fragments 135 et 141, D., *De verb. signif.*, 4, 16.

Ulpien, au fragment 135, pose la question suivante : un monstre pourrait-il être compté comme enfant, *quæret aliquis si portentosum, vel monstrosum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitur novum, non humanæ figuræ.....* Il penche pour l'affirmative : *Et magis est, ut hæc quoque parentibus prosint..... neque id, quod fataliter accessit, matri damnum injungere debet.*

De ce fragment comme du fragment 141, *eodem titulo*, on ne peut induire qu'une chose : c'est que la naissance d'un pareil enfant comptait en faveur de la mère ; mais la question de savoir si un seul enfant pouvait relever la mère de l'incapacité établie par les lois Caducaires, ou s'il fallait, au contraire, qu'elle en eût deux autres encore, est tout à fait laissée de côté, et le jurisconsulte ne l'a même pas prévue.

Donc, rien à tirer des textes pas plus dans un sens que dans l'autre. Quelle est donc la solution qui doit être admise ?

La question est des plus délicates et des plus difficiles à trancher, en l'absence absolue de documents précis, et dans la nécessité où l'on est de se contenter de simples conjectures. Le système qui admet l'assimilation des femmes aux hommes nous paraît cependant le plus rationnel. On peut, de plus, dans ce système, s'appuyer sur un texte qui, sans vider complètement la question,

fournit cependant un argument sérieux. C'est un texte d'Ulpien relatif aux *decimæ*, qui correspondaient à ce que nous appelons aujourd'hui la quotité disponible entre époux.

Pour bien comprendre l'argument qu'on peut tirer de ce texte d'Ulpien, il est nécessaire de donner d'abord quelques rapides explications sur les *decimæ*. Nous ne croyons pas d'ailleurs nous écarter de notre sujet puisqu'il s'agit toujours de droits que confère la maternité.

Les dispositions relatives aux *decimæ* sont inscrites dans les lois Caducaires : elles décident que l'époux qui n'avait pas d'enfant ne pouvait léguer à son conjoint qu'un dixième de sa fortune en pleine propriété et un tiers en usufruit¹. Si le conjoint héritier avait des enfants d'un précédent mariage, chacun de ces enfants augmentait d'un dixième la quotité attribuée à l'époux. Il en était de même des enfants du mariage dissous par la mort de l'époux testateur, si, de ce mariage, il n'était né qu'un ou deux enfants. Si, au contraire, il était né trois enfants ou plus de ce dernier mariage, les époux étaient l'un à l'égard de l'autre *solidi capaces*. On exigeait donc des époux pour leur accorder la *solidi capacitas* le nombre d'enfants qui, pour la femme, constituait précisément le *jus liberorum*, et c'est de ce point ainsi établi que nous tirons argument. En effet, Ulpien, après avoir établi ces règles², paraît en conclure que la qualité d'époux aggravait les dispositions des lois Caducaires relativement à la capacité de recueillir une succession testamentaire. Cette aggravation est certaine

1. La femme pouvait, en outre, comme on sait, recevoir sa dot à titre de legs.

2. Ulp., *Reg.*, tit. XV.

par rapport aux hommes, puisqu'elles subordonnait la *solidi capacitas* entre époux à la naissance de trois enfants ; mais Ulpien paraît n'établir aucune différence entre le mari et la femme, et admettre que pour celle-ci aussi bien que pour le mari il y avait aggravation.

Il est vrai qu'on pourrait prétendre que cette aggravation consiste en ce qu'une femme qui avait la *solidi capacitas* par rapport à son futur mari la perdait, une fois mariée, par suite de ces dispositions. — Mais ce n'est pas en ce sens qu'Ulpien paraît entendre l'aggravation par lui signalée : il s'agit pour lui d'une aggravation des conditions de droit commun ; on exige, sans distinguer entre les femmes et les hommes, des conditions plus lourdes lorsqu'il s'agit d'époux que lorsqu'il s'agit de personnes que n'unit pas entre elles le lien du mariage, et ces conditions ne peuvent consister que dans l'augmentation du nombre minimum d'enfants. Quel'on suppose, par exemple, que d'un précédent mariage le mari ou la femme avait un ou deux enfants, la femme, dans notre système, comme l'homme, sera *solidi capax*, et une fois mariée, cette *solidi capacitas* disparaîtra pour elle à l'égard de son mari.

Il nous faut aussi rappeler un passage de Dion Cassius ¹.

Cet historien rapporte que Livie, la seconde femme d'Auguste, fut inscrite d'office au nombre des femmes ayant trois enfants. Quels avantages pouvait conférer à l'impératrice cette mesure prise par le Prince en sa faveur ? Le *jus liberorum* exemptait, il est vrai, les femmes de la tutelle perpétuelle à laquelle elles continuaient à être soumises en droit, mais cette tutelle, déjà tombée en désuétude, ne pouvait constituer, alors surtout qu'ils s'agis-

1. LV, 2.

sait de femmes de grande famille, une mesure bien sérieuse.

Il faut admettre plutôt que c'est pour conférer à Livie des droits de succession que le *jus liberorum* lui fut accordé ; et cette conjecture tire une vraisemblance plus grande encore de ce fait que c'est immédiatement après la mort de son fils Drusus, et à titre de consolation, que cette disposition fut prise en faveur de la femme d'Auguste. Il est certain que si cette inscription de trois enfants eût été postérieure aux lois Caducaires, on eût pu tirer de ce fait un argument puissant contre l'applicabilité des lois Caducaires aux femmes. Mais cette marque de faveur accordée à Livie est intervenue, comme nous l'avons dit, aussitôt après la mort de Drusus : événement qui, datant de l'an 744 (an 9 avant J.-C.), est antérieur d'une quinzaine d'années aux lois Caducaires qui ne furent rendues qu'en 737 et 762 (4 et 2 après J.-C.).

Il est vrai que l'historien ajoute que Livie put, grâce à la mesure prise en sa faveur, succéder avec son fils Tibère à Auguste, et cela contrairement à la loi, et en vertu d'une autorisation spéciale du Sénat. Mais, à ce point de vue encore, ce ne peut être ici des lois Caducaires qu'il s'agit, mais bien de la loi *Voconia*, et ce sont les dispositions de cette loi dont on voulait éviter l'application : il s'agit ici, en effet, de restrictions apportées à la *factio testamenti*, restrictions qui sont l'œuvre de la loi *Voconia*, et non pas d'une limitation du *jus capiendi*, limitation qui est l'œuvre des *leges novæ*.

Ajoutons enfin que les conditions de la loi *Papia* ne s'appliquaient pas à certaines personnes, et que parmi les personnes exceptées figuraient les époux ¹.

1. *Fragm. Vat.*, § 418.

Le testament d'Auguste devait donc, comme la mesure signalée par Dion Cassius, être antérieur aux lois Caducaires, puisqu'il ne tendait à relever Livie que des incapacités édictées par la loi *Voconia*, aux prescriptions de laquelle Livie, mère de deux enfants seulement, ne pouvait se soustraire.

Quant à la question de l'applicabilité des lois Caducaires aux femmes, on cite encore un autre texte de Dion Cassius. Dans ce texte ¹, l'historien rapporte un discours dans lequel Auguste exposait les mesures qu'il comptait prendre dans la loi *Papia Poppæa*. Il y est question d'abord des hommes, puis Dion Cassius ajoute que l'Empereur dispensa de l'application de la loi *Voconia* certaines femmes, mais sans s'expliquer autrement sur ce point.

De ce que l'historien n'a pas parlé des hommes et des femmes en même temps, on a tiré la conséquence que les hommes et les femmes n'étaient pas soumis aux mêmes règles, et que ces dernières étaient traitées plus sévèrement. Nous ne pouvons nous empêcher de trouver quelque peu hardie une théorie fondée sur un passage aussi peu explicite.

L'Empereur releva certaines femmes des déchéances de la loi *Voconia*; mais quelles étaient ces femmes? On nous dit que ce sont seulement celles qui avaient trois enfants; mais ce n'est là qu'une simple conjecture. Pourquoi ne pas admettre que par les mots certaines femmes on n'ait pas voulu excepter les mères?

Quant à l'argument tiré du fait qu'Auguste n'aurait pas

1. LVI, 40.

traité en même temps des hommes et des femmes, d'où l'on induit que celles-ci étaient soumises à des règles distinctes ; il est facile d'y répondre par une autre explication tout aussi plausible que celle qu'on propose. Les femmes, à la différence des hommes, étaient soumises à des dispositions antérieures qui diminuaient leur capacité ; il fallait donc à leur égard une mention spéciale indiquant que dorénavant cette déchéance ne subsisterait plus en certains cas, et l'on ne pouvait évidemment englober dans la même phrase les hommes et les femmes, puisque pour celles-ci une disposition spéciale était nécessaire.

On argumente encore du silence gardé par les textes en ce qui concerne la capacité attribuée aux femmes par les lois Caducaires ; mais ce silence nous paraît au contraire favorable à la thèse de l'assimilation. Si les mêmes règles ont été admises pour les hommes et pour les femmes, on comprend qu'il n'ait été fait pour celles-ci aucune mention spéciale, tandis qu'au contraire, si les femmes avaient été soumises à des règles plus sévères, il eût fallu l'indiquer, en insistant même sur cette différence de situation.

La femme, dit-on encore, était traitée à Rome plus sévèrement que les hommes, et il était logique de la soumettre dans cette matière encore à des règles plus sévères. Pour répondre, il nous suffira de rappeler le but des lois Caducaires. Quel était ce but ? d'augmenter le nombre des enfants, de multiplier le nombre des mariages. Pourquoi dès lors aurait-on distingué entre les hommes et les femmes, alors que celles-ci fuyaient, plus encore peut-être que les hommes, le mariage ? Et ne fallait-il pas leur accorder les mêmes avantages, les mêmes encouragements ?

Nous inclinons donc à admettre que le nombre de trois

enfants n'était pas nécessaire aux femmes pour échapper aux déchéances des lois Caducaires.

Faisons observer, d'ailleurs, que, même dans le système ordinaire, qui admet que trois enfants étaient exigés de la mère, il suffit seulement qu'elle ait eu trois enfants, et elle pourrait recueillir une succession comme mère alors même qu'au moment de l'ouverture de cette succession elle aurait perdu ses enfants. Aux termes des lois Caducaires, au contraire, l'homme doit avoir au moins un enfant vivant.

Mais tandis que les hommes purent, du moins jusqu'à Néron, acquérir la *solidi capacitas* en recourant à la faculté d'adopter, ce moyen n'était pas permis aux femmes ; le droit d'adopter ne leur fut en effet reconnu que par une constitution de Dioclétien et Maximien ¹, et seulement au cas où elles avaient perdu leurs propres enfants : on leur permettait, en ce cas, à titre de consolation, d'obtenir du Prince l'autorisation d'adopter. Sous Néron, un sénatus-consulte décida que les enfants adoptifs ne pourraient plus compter au père adoptif. Un abus s'était en effet produit : pour se rendre *solidi capax*, on adoptait des enfants, qu'on ne manquait pas d'émanciper aussitôt après avoir recueilli la succession ou avoir été élu à une magistrature pour laquelle on préférait les *patres* aux *orbi* ou aux *cœlibes*. Ces détails sont révélés par Tacite ², mais le grand annaliste ne nous fait pas connaître si le sénatus-consulte décidait qu'aucune adoption, même sérieuse, ne pourrait plus désormais conférer à l'adoptant la qualité de *pater*, ou s'il prohibait seulement les adoptions en quelque sorte factices ; la question est donc con-

1. *Constit.*, § C., *De adopt.*, VIII.

2. *Ann.*, II, 51.

traversée; mais c'est là une discussion dans laquelle nous n'avons pas à entrer.

Nous nous sommes borné jusqu'ici à examiner la question de la *solidi capacitas* par rapport au droit de succession des femmes. Mais, à côté du *jus capiendi*, la qualité de *pater* conférait encore d'autres privilèges: il nous faut examiner si ces privilèges étaient également accordés aux femmes.

Les *patres* ont le droit de recueillir le bénéfice des dispositions qui ne peuvent produire leur effet par suite de l'application des *leges novæ* à des *cœlibes* ou à des *orbi*, et qui sont par conséquent *caduca*. Ils peuvent aussi recueillir le bénéfice des dispositions qui ne peuvent produire d'effet par suite non plus des lois Caducaires, mais de causes tout à fait étrangères à ces lois. Ces dernières dispositions sont appelées *in causa caduci*, et elles sont, comme les premières, recueillies par les *patres*, à moins cependant que ceux-ci ne soient eux-mêmes écartés par des personnes jouissant du *jus antiquum*.

Ces privilèges accordés aux *patres* constituent ce qu'on appelle les *præmia patrum*. La question à examiner est celle de savoir si ces avantages étaient exclusivement accordés aux pères, ou s'ils pouvaient également être revendiqués par les mères.

Sur ce point, nous ne trouvons plus deux opinions en présence, comme sur la question de l'extension de la *solidi capacitas* aux femmes. En ce qui concerne les *præmia patrum*, on s'accorde pour décider qu'ils n'appartenaient pas aux femmes.

On pourrait, il est vrai, invoquer en sens contraire un texte de Dion Cassius sur lequel nous nous sommes déjà expliqué, en examinant la question de l'extension

de la *solidi capacitas* des femmes; nous avons dit qu'on ne pouvait tenir compte de ce passage dans lequel l'historien a dit certainement autre chose que ce qu'il voulait dire.

Les expressions mêmes qu'emploient les textes démontrent que les avantages dont il s'agit constituaient des privilèges exclusivement réservés aux hommes. On lit en effet dans ces textes *jus patrum*, *præmia patrum*, et aucun de ceux qui traitent du *jus caduca vindicandi* ne place le mot *matres* à côté du mot *patres*.

Il y a d'ailleurs aux *Fragmenta Vaticana* un passage qui fournit un argument puissant. Ce texte indique que les descendants par les filles ne pouvaient compter au père pour acquérir le *jus caduca vindicandi*, tandis qu'au contraire, ces descendants auraient servi à relever l'aïeul des déchéances résultant de l'*orbitas*. « *Ex filia nepotes prodesset ad tutelæ liberationem, sicuti nec ad caducarum vindicationem, palam est*¹. » Pourquoi les descendants par les filles ne comptaient-ils pas à l'aïeul? Parce qu'ils ne se trouvaient jamais sous sa puissance. On n'exigeait pas, pour attribuer aux *patres* le *jus caduca vindicandi*, qu'ils exerçassent sur leurs enfants la puissance paternelle au moment où ils invoquaient leur qualité de père; mais il fallait qu'il s'agit d'enfants qui, sans une *capitis diminutio*, se seraient trouvés sous la puissance de cet ascendant. Or les femmes ne pouvaient jamais avoir d'enfants en leur puissance: elles ne pouvaient donc avoir droit aux *præmia patrum*.

Il est vrai que le texte des *Fragmenta Vaticana* ne parle que de l'aïeul; mais on ne saurait tirer de cette remarque

1. *Fragm. Vat.*, § 195. Une exception fut admise par Marc-Aurèle en faveur des enfants d'un vétéran.

un argument sérieux. On aboutirait en effet à un résultat bizarre et tout à fait contraire aux vues du droit romain : on en arriverait à décider que la situation des femmes était meilleure que celle des hommes, en ce qu'elles auraient pu se prévaloir de tous leurs descendants, tandis que les hommes ne pouvaient se prévaloir que de ceux qui étaient sous leur puissance ou qui y eussent été sans une *capitis deminutio*.

Nous concluons donc que le *jus patrum* constituait un privilège exclusivement attribué aux hommes, et auquel les mères ne pouvaient aspirer.

Nous n'en avons pas encore fini avec la disposition des lois Caducaires, il nous reste à parler de certains avantages attribués à la maternité par la loi *Papia Poppæa*. Ces avantages étaient relatifs à la succession des affranchis.

La Loi des XII Tables avait reconnu aux affranchis le droit de tester, et l'exercice de ce droit n'était entravé par aucune exigence spéciale. A défaut de testament, leur succession était dévolue à leurs héritiers siens, comme celle d'un ingénu ; mais à défaut d'héritiers siens, l'affranchi n'ayant pas d'agnats, la succession revenait au patron ou aux descendants du patron¹. Ceux-ci succédaient d'après les règles admises pour la succession des agnats ; c'est-à-dire qu'aucune préférence n'était accordée aux mâles. La patronne avait exactement les mêmes droits que le patron² ; de même les descendants du patron arrivaient à la succession sans distinction de sexe. Mais au contraire les descendants de la patronne n'avaient aucun droit à la succession de l'affranchi, car pour avoir un droit de suc-

1. Instit. pr., *De success. libert.*, III, 7, et Gaius, III, § 40.

2. Gaius, III, § 49.

cession il fallait se trouver sous la puissance de la même personne que le *de cujus*, c'est-à-dire il fallait qu'en supposant le *manumissor* et le *manumissus* vivants et le dernier encore esclave, on se fût trouvé sous la même puissance. Cette condition ne pouvait se trouver remplie quand il s'agissait de descendants de la patronne, les femmes ne pouvant avoir, en fait de puissance, que la puissance dominicale ; c'est pour la même raison que les descendants du patron par les filles ne pouvaient succéder à l'affranchi de leur aïeul. Ajoutons que pour succéder au *manumissus* il n'était pas nécessaire d'avoir succédé au *manumissor* : l'enfant exhéredé par son père ou son ascendant conservait le droit de succéder à l'affranchi de son père ou de son aïeul ¹.

Dès avant la loi *Papia*, le préteur avait modifié les règles de la dévolution de la succession des affranchis. Le droit prétorien ne laissait plus toute liberté à l'affranchi de dépouiller son patron de sa succession. Les descendants qui pouvaient, au cas d'omission, demander la *bonorum possessio contra tabulas*, pouvaient seuls écarter totalement le patron. A leur défaut, ou si l'affranchi les avait exhéredés, il ne pouvait disposer de ses biens que jusqu'à concurrence de moitié ; l'autre moitié revenait nécessairement au patron. Si l'affranchi n'avait pas testé, les descendants ayant droit à la *bonorum possessio unde liberi* excluaient seuls le patron ; quant aux enfants adoptifs ou aux femmes *in manu*, ils devaient lui laisser une moitié de la succession.

Les innovations du préteur ne s'appliquaient qu'à la succession laissée par un affranchi, et ne profitaient qu'aux patrons ou à ses descendants *per masculos*. Au contraire, la succession d'une affranchie et les droits de

1. Gaius, III, § 58.

la patronne et des descendants *per feminas* du patron restaient réglés par les dispositions de la Loi des XII Tables.

Ces indications nous ont paru nécessaires pour bien expliquer quelle était l'organisation de la succession des affranchis au moment où intervint la loi *Papia*, et pour nous permettre de nous rendre compte des modifications qu'elle a introduites dans cette organisation.

Il faut distinguer suivant le sexe du *manumissor* et des *manumissus* : nous avons donc à prévoir quatre hypothèses : 1° *manumissor* et *manumissus* hommes ; 2° *manumissor* et *manumissus* femmes ; 3° *manumissor* homme, et femme affranchie, et enfin 4° *manumissor* femme, et homme affranchi.

Prenons d'abord le cas le plus fréquent.

I. — Affranchissement d'un homme par un homme. Une distinction était nécessaire suivant que la fortune des *manumissus* était supérieure ou inférieure à la somme de cent mille sesterces. Dans ce dernier cas, les règles anciennes du droit continuaient à s'appliquer. Si au contraire la succession laissée par le *manumissus* était supérieure à la somme indiquée, l'ancien droit s'appliquait encore si l'affranchi avait trois enfants ; s'il n'avait qu'un enfant, le patron avait toujours droit à une moitié de la succession ; si le nombre des enfants du patron était de deux, sa part était réduite à un tiers ¹.

Ces dispositions s'appliquaient aussi aux descendants *per masculos* du patron ². Les filles et les autres descendants étaient soumis au contraire à d'autres dispositions : la loi *Papia* ne leur donnait des droits que si elles étaient

1. Gaius, III, § 42.

2. Gaius, III, § 45.

mères de trois enfants, et dans ce cas elle leur accordait, comme le droit prétorien l'avait fait pour le patron et ses descendants mâles, une *bonorum possessio dimidiæ partis ab intestat* ou *contra tabulas*¹. « *Contra tabulas autem testamenti liberti, aut ab intestato contra suos heredes non naturales, bonorum possessio eis non competit. Sed si jus trium liberorum habuerunt, etiam haec jura ex lege Papia Poppæa nanciscuntur* »². »

II. — Supposons maintenant qu'il s'agisse de la *manumissio* d'une femme par un homme. Le préteur ne s'était pas occupé de la succession laissée par une affranchie, le patron n'ayant en aucun cas rien à craindre, qu'elle meure avec ou sans testament. Si elle mourait intestate, le patron lui succédait nécessairement puisqu'elle n'avait pas d'héritiers *sui*, et quant à la succession testamentaire, il lui fallait pour tester l'autorisation de son tuteur, et ce tuteur n'était autre que son patron.

La loi *Papia* ayant affranchi de la tutelle du patron les mères de quatre enfants, le consentement du patron n'était plus nécessaire à l'ancienne esclave pour tester, et le patron aurait pu se trouver dépouillé de la totalité de la succession. Pour empêcher qu'il en fût ainsi, la loi *Papia* accorda au patron, ou à ses descendants mâles *per masculos*, une part virile, pour le calcul de laquelle il fallait tenir compte du nombre d'enfants laissés par l'affranchie³.

Quant aux descendantes, la nouvelle loi ne leur accordait de droits que si elles jouissaient du *jus liberorum*. Dans ce cas, et si la *de cujus* ne jouissait pas elle-même de

1. Gaius, III, § 46.

2. Ulp., *Reg.*, XXIX, § 5.

3. Gaius, III, § 44.

ce droit, c'est-à-dire si elle n'avait pas quatre enfants, la loi *Papia* accordait aux femmes le même droit qu'aux patrons et aux descendants mâles.

Quels étaient les droits des descendants lorsque la *de cujus* avait le *jus liberorum*? Sur ce point les juriconsultes ne se sont pas montrés d'accord. Certains pensent que la loi *Papia* n'accordait aucun droit aux descendantes. S'il faut s'en rapporter à Gaius, elles jouissaient au contraire de certains droits qui différaient suivant que l'affranchie avait ou non fait un testament. Si elle a testé, *tale jus ei datur quale datum est, ... liberique contra tabulas testamenti liberti habent*. Si au contraire elle est morte intestate, les descendants auront une part virile : *verba legis Papiae faciunt ut ei virilis pars debeatur* ¹.

III. — Arrivons à la troisième hypothèse : la *manumissor* et la *manumissa* sont l'une et l'autre des femmes. La loi *Papia* n'intervient ici que si l'affranchie a testé et si la patronne jouit du *jus liberorum* : dans ce cas, on accordera à celle-ci une *bonorum possessio dimidiæ partis* ².

IV. — Quant au dernier cas, affranchissement d'un homme par une femme, la loi *Papia* introduit une distinction nouvelle : sa décision est différente suivant que la patronne elle-même est ingénue ou affranchie. Dans le premier cas, l'existence de deux enfants lui assure la *bonorum possessio dimidiæ partis* ; si au contraire la patronne est une affranchie, on exige un enfant de plus pour lui conférer cette *bonorum possessio*. La patronne ingénue qui aurait trois enfants a droit, comme le patron, à une part virile si la fortune de l'affranchi était supérieure à cent

1. Gaius, III, § 47.

2. Gaius, III, §§ 51 et 52.

mille sesterces et s'il ne laissait que deux enfants au plus¹. En dehors de ces deux cas, l'ancien droit continuait à s'appliquer.

Dans les différentes hypothèses que nous venons de parcourir, nous avons vu que la maternité conférait des droits importants de succession. Ce n'était là que l'application d'une idée plus générale qui avait fait accorder des privilèges à la maternité en vue de favoriser le mariage. La maternité conférait des droits sur les hérités testamentaires et les legs ; le nombre d'enfants augmentait la quotité disponible entre époux, et enfin le *jus liberorum* exemptait les femmes de la tutelle perpétuelle. Cette dernière faveur n'est pas la disposition la moins remarquable des lois Caducaires : ces lois décidaient que l'ingénue, mère de trois enfants, et l'affranchie, mère de quatre enfants, étaient dispensées de la tutelle perpétuelle des femmes².

Rappelons enfin que lorsque Dioclétien et Maximien accordèrent aux femmes le droit d'obtenir du Prince l'autorisation d'adopter, les mères qui avaient perdu leurs enfants furent seules appelées à bénéficier de cette faveur³.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que des droits généraux que pouvait conférer à la femme le fait de la maternité, indépendamment de l'exercice de son rôle de mère à l'égard de ses enfants, et des droits spéciaux qui en résultaient pour elle. Il nous faut maintenant envisager la femme, la mère, dans son intérieur, et examiner quelle condition lui était faite à l'époque classique du

1. Ulp., *Reg.*, XXIX, 6 et 7 ; Gaius, III, 50.

2. Gaius, I, § 194, et III, § 44.

3. *Vide supra*, p. 46.

droit Romain, qui est celle que nous étudions en ce moment.

Certaines des règles que nous avons à rappeler sont relatives aux rapports des enfants ou de la mère indépendamment de la continuation ou de la dissolution de son mariage.

D'autres sont spéciales aux rapports des enfants et de la mère après la dissolution du mariage, car pendant la durée du mariage la mère reste dépourvue de tous droits.

Occupons-nous d'abord des règles relatives aux rapports des enfants et de la mère, indépendamment de la continuation ou de la dissolution du mariage.

De même qu'aux temps de la République la mère continuait d'être l'objet de la vénération de ses enfants ; à défaut de droits basés sur la force elle possédait ceux qui dérivait de la tendresse et du respect que ses enfants lui témoignaient, et qu'ils étaient même obligés de lui témoigner¹. Ce respect était dû à la qualité de mère ; aussi la mère affranchie y avait-elle le même droit que la mère ingénue².

La loi elle-même était intervenue pour sanctionner des règles qui étaient en fait entrées dans les mœurs, et auxquelles le préteur n'avait fait que donner sa consécration.

Un grand nombre des dispositions légales auxquelles nous faisons allusion se rapportaient au cas où un procès pouvait s'élever entre l'enfant et l'un de ses parents : la loi prescrivait en ce cas à l'enfant certains égards dont il

1. Voir Loi 1 (Ulp.) D., *De obseq. parent.*, XXXVII, 15.

2. Loi 1, § 1, D., XXXVII, 15.

ne pouvait se départir. Les textes qui, à cette occasion, parlent des parents s'appliquent à la fois au père et à la mère; aucun doute ne peut s'élever sur ce point, si l'on se réfère à un texte du Digeste qui porte que, par le mot *parentes* : *utriusque sexus accipere debemus* ¹.

Énumérons ces diverses prescriptions.

L'enfant ne peut appeler sa mère en justice avant de s'y être fait préalablement autoriser par le magistrat ².

Il est, d'autre part, certaines actions que l'enfant ne peut intenter contre ses parents et, par conséquent, contre sa mère; c'est ainsi qu'il ne pourra intenter contre sa mère une action infamante ³, une action de dol, d'injures ⁴, ou de *servi corrupti* ⁵; *quamvis per procuratorem judicium accipiant* ⁶.

De même l'enfant ne pourrait opposer à la mère certaines exceptions ni se faire délivrer contre elle les interdits *unde vi* ou *quod vi*. « *Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa: vel interdictum unde vi vel quod vi, patiuntur* ⁷.

Ajoutons que la mère n'est pas tenue, avant de déférer le serment à son enfant, de prêter elle-même le serment *de calumnia* ⁸. Et rappelons enfin qu'au cas de condamnation, elle jouit du bénéfice de compétence et ne peut être tenue que *in id quod facere potest* ⁹.

1. Loi 10, § 5 (Ulp.), D., *De in jus. voc.* II, 4.

2. Loi 4, § 1 (Ulp.), D., II, 4, et loi 13, Modest.

3. Loi 3, § 1 (Ulp.), D., *De obseq. parent.*, XXXVII, 15.

4. Loi 2 pr. (Jul.), D., XXXVII, 15.

5. Loi 6 (Paul), *ibid.*

6. Loi 2 pr., *ibid.*

7. Loi 7, § 2 (Ulp.), *ibid.*

8. Loi 7, § 3, *ibid.*

9. Loi 7, § 1, *ibid.*, et loi 16 *in fine*, D., *De re jud.*, XLII, 1.

Arrivons aux règles spéciales aux rapports des enfants et de la mère après la dissolution du mariage.

Quelle est la situation de la mère après la dissolution du mariage par le divorce ou par la mort de l'un des époux. Cette dissolution lui fait-elle acquérir certains droits à l'égard de ses enfants ?

Supposons d'abord le mariage dissous par le divorce.

Deux cas peuvent se présenter : ou l'enfant est né, ou il n'est pas encore né. Prenons d'abord cette dernière hypothèse, celle où l'enfant n'est pas encore né.

L'enfant à naître devait, d'après la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*¹, être attribué au mari, mais dans ce cas, en vertu du sénatus-consulte Plancien, la mère était tenue de déclarer sa grossesse dans les trente jours. Cette déclaration devait être faite par la femme, soit à son mari, soit au père de celui-ci, qui pouvaient par suite la faire surveiller. A défaut de cette déclaration, ou si la mère venait à se soustraire à la surveillance des *custodes* envoyés par le mari, celui-ci était libre de désavouer l'enfant, qui conservait pourtant le droit de recourir au *præjudicium de partu agnoscendo* pour établir sa filiation contestée².

Ce sénatus-consulte, qui visait la supposition de part, n'édicte aucune mesure contre la possibilité d'une suppression de part ; mais un rescrit de Marc-Aurèle décida que le mari divorcé pouvait, s'il avait des motifs de suspicion à cet égard, exiger un examen physique de la femme³.

1. Loi 5 (Paul), D., *De in jus voc.* II, 4.

2. Loi 4 (Ulp.), D., *De agnos. et alend. lib.*, XXV, 3.

3. Loi 1 (Ulp.), D., XXV, 4.

Supposons maintenant l'enfant né antérieurement au divorce.

A qui devait appartenir la garde de cet enfant ? Était-ce nécessairement au père sans que la mère pût jamais y prétendre ? — Telle était en effet la situation primitive. C'était à l'époque où la puissance paternelle était si rigoureusement établie qu'elle ne constituait autre chose qu'un avantage au profit du père.

Cette puissance, ainsi que nous l'avons vu, s'était modifiée avec le temps, et la mère put dès lors avoir sa part de droits par rapport à ses enfants, droits fondés pour elle uniquement sur sa tendresse maternelle, et établis non dans son intérêt, mais dans celui de ses enfants.

C'est en se plaçant à ce point de vue que des rescrits d'Antonin le Pieux, de Marc-Aurèle et de Septime-Sévère vinrent régler la question de la garde des enfants après le divorce. Sans donner à la mère le droit de demander la restitution de ses enfants au cas où le père les aurait gardés, ces rescrits lui permirent de les conserver avec elle lorsqu'ils s'y trouvaient déjà au moment du divorce. Le père pouvait se les faire représenter ou restituer au moyen des interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis*. Mais le préteur avait en ce cas un pouvoir d'appréciation ; s'il pensait qu'il y avait avantage à confier les enfants à la mère, il refusait les interdits au père et rendait contre lui l'interdit *vim fieri veto* ; l'enfant restait ainsi sous la garde et la surveillance de sa mère.

Le père pouvait même *adjecta causa*¹ revendiquer ses enfants ; mais, par une exception *cognita causa*, la mère pouvait paralyser cette action. « *Si vero mater sit, quæ reti-*

1. Loi 1, § 2 (Ulp.), D., *De rei vindic.*, VI, 1.

net, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa et divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est; æque subveniendum ei erit exceptionem ¹.

La mère n'obtenait d'ailleurs pas ainsi l'exercice de la puissance paternelle, qui était conservée au père : « *Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate, causa cognita; mater in retinendo eo potior erit; idque decretis divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine dominatione patriæ potestatis apud eam filius moretur* ². »

Il n'en est pas moins certain que, tout en restant au père, l'autorité paternelle se trouvait, en ce cas, singulièrement amoindrie. La mère ayant la garde de l'enfant, c'était à elle à pourvoir à son éducation. Nous avons vu d'ailleurs que, même au cours du mariage, c'était à elle qu'était confiée tout au moins l'éducation du premier âge, et elle ne faisait donc après le divorce que continuer à exercer des droits qu'elle avait déjà. Il faut pourtant signaler une grande différence entre les deux cas : tandis que, pendant le mariage, le mari avait toujours l'enfant sous ses yeux et pouvait intervenir à chaque instant si, dans sa pensée, sa femme ne remplissait pas bien son office, il n'avait plus, après le divorce, la faculté d'exercer cette surveillance continuelle.

Nous avons vu que les rescrits d'Antonin, de Marc-Aurèle et de Septime-Sévère ne permettaient à la mère d'user des moyens que pouvait lui conférer le Préteur pour garder ses enfants que si, au moment du divorce, c'était avec elle qu'ils étaient. C'est ce qui arrivait d'ailleurs

1. Loi 1, § 3 (Ulp.) D. *De lib. exhib.*, XLIII, 30.

2. Loi 3, § 5 (Ulp.) D. *De lib. exhib.*, XLIII, 30.

presque toujours lorsque c'était elle qui avait recours au *repudium*. La mère pouvait ainsi, mais peut-être en se sacrifiant elle-même, soustraire ses enfants, avec le secours du magistrat, à une autorité qu'elle jugeait exercée d'une manière nuisible. Le droit qu'elle ne pouvait avoir pendant le mariage de garder seule ses enfants, elle pouvait l'acquérir par le divorce.

Si au contraire c'était le père qui recourait au divorce, les enfants ne se trouvant pas, la plupart du temps, entre les mains de la mère, celle-ci ne pouvait les demander, et c'est par conséquent le père qui en ce cas les gardait. Il y avait là bien souvent un résultat contraire à l'intérêt des enfants : en effet, nous avons vu que le divorce, à cette époque du moins, n'impliquait nullement par lui-même la culpabilité de l'épouse répudiée, le mari répudiant bien souvent sa femme pour les motifs les moins sérieux, pour avoir par exemple assisté à des jeux publics à l'insu du mari, et pour avoir paru la tête découverte en public. De tels griefs prouvaient plutôt contre celui auquel on les imputait. En tout cas, la femme pouvait s'être rendue coupable de manquements de ce genre à l'autorité maritale sans avoir un instant cessé d'être la plus excellente des mères. Et pourtant la loi ne lui permettait pas de garder ses enfants, et réservait ce droit à son mari qui ne l'avait probablement répudiée que pour prendre quelque femme plus riche, moins vertueuse et destinée, dans tous les cas, à être une marâtre pour ses enfants.

Une constitution de Dioclétien et Maximien vint remédier à cet état de choses, en accordant fort sagement aux juges le droit de décider auquel des deux époux serait confiée la garde des enfants et le soin de leur éducation : ce qui impliquait l'obligation de les nourrir. « *Licet ne-*

que nostra neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur : competius tamen iudex estimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant ¹. »

Nous verrons plus loin que Justinien réglementa spécialement cette question de la garde des enfants après le divorce, et que pour déterminer qui sera chargé de cette garde et de l'éducation des enfants il tint compte du point de savoir lequel des époux avait donné lieu au divorce ².

Arrivons au second cas de dissolution du mariage, celui où le mariage est dissous par la mort du père. Il faut, comme nous l'avons déjà fait, distinguer entre l'enfant déjà né et celui qui n'est pas encore né. A l'égard de l'enfant qui n'est pas encore né, la mère est tenue d'adresser au père du mari trois déclarations à des époques déterminées ³, et le père du mari pourrait la soumettre à une certaine surveillance.

La femme enceinte à la mort du père pouvait se faire délivrer une *bonorum possessio* au nom de son enfant à naître, à la condition de faire nommer un curateur chargé de veiller aux intérêts de cet enfant. Celle qui, de mauvaise foi, aurait demandé une pareille *bonorum possessio* était obligée de restituer tout ce qu'elle avait reçu, sans préjudice de la responsabilité pour tout le dommage causé par son fait. L'action contre elle en ce cas est annale et quasi-pénale ⁴.

1. Const., 1, C., *Divort. facto*, V, 24.

2. Loi 1, § 10, D., XXV, 4.

3. Loi 1 (Ulp.), D., *Unde cogn.*, XXVIII, 8.

4. Loi 1, § 3, D., XXV, 6.

Que si, à la mort du père, il y a déjà des enfants nés, il faut faire une nouvelle distinction.

S'ils ne deviennent pas *sui juris* par la mort du père, rien ne sera changé; en effet, les enfants étaient en ce cas, même du vivant du père, sous la *patria potestas* d'un ascendant autre que lui, et la mort du père ne changera rien à cet état de choses.

Supposons au contraire que les enfants dépendissent directement de leur père et que par conséquent ils devinssent *sui juris*: quel était alors le rôle de la mère, quels étaient ses droits, ses devoirs?

Il est certain d'abord que la mère n'avait pas la tutelle légitime de ses enfants. Cette tutelle, quand elle appartenait à un parent, était, comme la puissance paternelle elle-même, organisée dans l'intérêt du tuteur et constituait une mesure à son profit bien plus qu'une mesure de protection pour l'enfant. De plus, comme nous l'avons dit, la tutelle était une charge publique, *munus virile*, qui ne pouvait être confiée à une femme, fût-elle la mère de l'impubère. *Fœminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt* ¹, dit Ulpien, et une constitution d'Alexandre Sévère, au Code, porte de même: « *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum fœminæ infirmitatis tale officium est* » ².

Non seulement la mère n'était pas appelée de droit à la tutelle de ses enfants, mais elle ne pouvait encore être nommée par le magistrat quand même celui-ci l'eût jugée capable de remplir une pareille mission: « *Scire oportet magistratus*, porte un texte de Modestin, *quod curatrices*

1. Loi 1 pr., D., *De reg. jur.*, 1, 17.

2. *Const.* 1 (Alexandre), C., *Quando mulier tut.*, V, 35.

minoribus mulieres non creabunt ¹. » Il faut assurément étendre à la tutelle ce que Modestin dit de la curatelle.

Si un magistrat avait, en fait, conféré à la mère cette charge qui ne pouvait lui revenir, une telle nomination n'aurait pas été prise en considération par son successeur. Papinien s'explique très clairement sur ce point : « *Jure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur : nec, si provinciæ præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor ejus sententiam, quam leges nostræ non admittunt, recte sequetur* ². »

Ce texte suppose que c'est le père lui-même qui a, par son testament, désigné la mère comme tutrice à ses enfants. Non seulement cette désignation ne produit pas son effet de plein droit, mais le magistrat lui-même ne peut ni ne doit la confirmer.

La mère en principe ne pouvait donc jamais, être tutrice; elle n'avait, ainsi que nous venons de le voir, ni la tutelle légitime, ni la tutelle dative, ni même la tutelle testamentaire. Mais des tempéraments ont dû être apportés avec le temps à cette rigueur excessive des principes. Il faut nécessairement l'admettre, sinon l'on ne pourrait s'expliquer la réserve faite par Gaius, lorsqu'il dit que la tutelle est *la plupart du temps* une charge virile. *Tutela* PLERUMQUE *virile officium est* ³.

Et, en effet, il est certain que si le magistrat ne pouvait relever la mère de l'incapacité qui pesait sur elle comme femme, ce droit appartenait au Prince, qui pouvait ainsi accorder à la mère un privilège que la loi lui refusait à

1. Loi 21 pr., D., *De tut. et curat. dat.*, XXVI, 5.

2. Loi 26 pr., D., *De test. tut.*, XXVI, 2.

3. Loi 16, D., *De tut.*, XXVI, 1.

tort. « *Fœminæ tutores dari non possunt : quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent* ¹. »

Si donc la mère n'a pas demandé l'autorisation du Prince, ou bien si cette demande n'a pas été accueillie, elle reste absolument sans aucun droit, et dans aucun cas ne pourra être tutrice.

Elle pourrait cependant, d'après Papinien, si telle a été la volonté du père, gérer les biens des enfants, et exercer ainsi une tutelle de fait sinon de droit. Mais Papinien nous a fait connaître lui-même que ces droits n'auraient pu en ce cas avoir la même extension : *jus actoris litium causa constituendi non habebit*, alors même qu'elle voudrait le faire *periculo suo*. Elle ne pourrait ni agir en justice au nom de ses enfants, ni aliéner leurs biens, ni donner décharge valable à leur débiteur, s'ils payaient entre ses mains ². Scævola ³ admet pourtant dans ce dernier cas que les tiers seraient libérés, leur bonne foi devant être, selon lui, prise en considération.

Tout ce que nous venons de dire sur l'absence de tout droit de la mère ne s'applique qu'à la tutelle, c'est-à-dire à l'administration des biens de l'impubère, et non pas, à la surveillance de sa personne, puisque, comme nous l'avons rappelé, le tuteur n'avait pas la garde de l'enfant; les mots : *tutor personæ non rei datur* ⁴, ne signifient pas, en effet, que le tuteur n'avait pas à s'occuper des biens, mais seulement de la personne de l'enfant; ils veulent dire seulement que la principale fonction du tuteur était d'habiliter l'impubère, dont il complétait d'une manière géné-

1. Loi 18 (Neratius), D., *De tut.*, XXVI, 1.

2. Loi 31, § 6, D., *De neg. gest.*, III, 5.

3. Loi 88, D., *De solut.*, XLVI, 3.

4. Loi 14 (Marcianus), D., *De test.*, XXVI, 2.

rale la personnalité juridique à l'aide de son *auctoritas*.

Nous avons vu que la garde de l'enfant était conférée par le Préteur ou le Président de la province à un parent ou à un allié, et que la mère pouvait toujours en être investie par le magistrat, mais sans qu'aucune préférence lui fût accordée.

Une constitution d'Alexandre Sévère vint attribuer à la mère ce droit de préférence. Mais cette attribution était subordonnée à la condition que la mère ne se fût pas remariée. De plus, si des difficultés étaient soulevées par le tuteur ou les agnats, c'était au Président de la province qu'il appartenait de trancher le différend en confiant l'enfant à la personne qui lui paraissait présenter le plus de garanties¹.

Nous avons vu que la mère ne pouvait, en général, être tutrice; aurait-elle pu du moins nommer à ses enfants un tuteur testamentaire?

Ce droit de nommer à l'enfant un tuteur testamentaire, droit qui appartenait au père de famille, a toujours été un attribut de la puissance paternelle : comment aurait-il pu dès lors appartenir à la mère, puisqu'elle était étrangère à l'exercice de cette puissance? Telle était la conséquence rigoureuse des anciens principes : mais sur ce point aussi le temps fit admettre des palliatifs. On n'alla pas jusqu'à accorder à la mère le même droit qu'au père, mais on permit aux juges de confirmer après enquête le choix de la mère. Il faut reconnaître, en effet, que la mère avait le plus grand intérêt à ce que les biens par elle laissés à ses enfants fussent bien administrés. Jusqu'à sa mort, la fortune des enfants pouvait n'être pas considérable, et, en tout

1. Const., 1, C. *Ubi pup. educ.*, V, 49.

cas, si le tuteur n'administrait pas sagement, la mère veillait : elle avait, nous le verrons, le droit d'intervenir. Après sa mort, cette surveillance cesse, cette protection manque à l'impubère, alors que la mère lui laisse peut-être des biens considérables : n'est-il pas logique dès lors de lui permettre de nommer un tuteur pour gérer ces biens ?

Comme on le voit par l'exposé de ces considérations, nous tranchons la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si la mère pouvait, comme le père, nommer un tuteur à ses enfants dans le cas où elle ne les avait pas institués : nous avons supposé en effet qu'elle les avait institués, car, selon nous, ce droit de leur nommer un tuteur ne lui appartenait qu'en ce cas.

Une difficulté naît pourtant de deux textes qui paraissent en contradiction avec cette doctrine ; mais on peut, croyons-nous, expliquer cette contradiction, qui n'est qu'apparente.

Il y a d'abord un texte de Neratius ¹ qui, parlant du droit accordé à la mère de nommer un tuteur, n'indique pas comme condition la nécessité pour la mère d'instituer son enfant. Nous ne croyons pas, quant à nous, qu'il y ait rien à induire de ce silence : il ne serait significatif que si le texte avait pour but de déterminer les conditions auxquelles la mère pouvait exercer son droit de nomination. Neratius, au contraire, traite d'un tout autre point ; il se demande d'une part si une enquête, une *inquisitio*, serait nécessaire, question qu'il tranche affirmativement ; et d'autre part si une caution devait être exigée du tuteur confirmé, point sur lequel il admet une décision contraire. Donc, aucun argument à tirer de ce passage.

Il existe un autre fragment plus difficile à élucider, mais

1. Loi 2 pr., D., *De confir. tut.*, XXVI, III.

qu'il est impossible d'expliquer tel qu'il nous est parvenu, Il s'agit d'une constitution de l'empereur Alexandre, au Code, qui porte : « *Quando autem eos heredes non instituerit, solet ex voluntate defunctæ datus tutor a præsidiibus confirmari.* »

Le mot *non* doit être évidemment retranché, sinon cette fin du texte serait en contradiction avec sa première partie où on lit : « *Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit* ¹. »

Il faut s'en tenir au texte de Modestin qui dit expressément en comparant le droit de la mère à celui du père : « *Pater herede instituto filio vel exheredato tutorem dare potest; mater autem non nisi instituto* ². . . »

La question est, on le voit, nettement tranchée.

La mère avait donc, sous la condition d'instituer ses enfants, le droit de leur nommer un tuteur testamentaire. Mais ce droit ne pouvait lui appartenir que si le père était prédécédé; sinon, celui-ci continuait, comme par le passé, d'exercer la puissance paternelle sans que la mère eût le droit de l'en priver. Il faut par conséquent supposer que les enfants ne sont plus sous la puissance paternelle, mais en tutelle.

Si c'est à la mère que cette tutelle est confiée, aucune difficulté; le tuteur nommé par elle lui survivra dans l'exercice de la tutelle et prendra la place demeurée libre par suite de son décès.

Mais ce cas ne sera pas le plus fréquent; le plus souvent l'enfant se trouvera soumis soit à une tutelle testamentaire déférée par le père, soit à la tutelle légitime des

1. Const. 4, C., *De test. tut.*, V, 28.

2. Loi 4, D., *De test. tut.*, XXVI, 2.

agnats, soit encore à une tutelle conférée par le magistrat.

La mère pouvait-elle, en désignant par testament un autre tuteur, mettre fin à l'une de ces tutelles? Nous ne le pensons pas. Cependant les textes qui lui confèrent le droit de nommer un tuteur ne distinguent pas : ils semblent lui reconnaître ce droit aussi bien au cas où l'enfant était sous la tutelle maternelle qu'au cas où il avait eu un autre tuteur. Comment en ce cas concilier les droits du tuteur nommé par la mère avec ceux du tuteur ou des tuteurs déjà en fonction?

On a proposé de décider que la mère ne pouvait nommer un tuteur que pour les biens qu'elle laissait, et que le tuteur ainsi désigné par elle ne pouvait exercer aucun droit par rapport aux autres biens de l'enfant impubère. Il y a contre cette manière de voir un principe rappelé par un texte bien connu : « *Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus* ¹. » Ce principe cependant ne pouvait être aussi absolu qu'il semblerait résulter de cette formule. Du fait même qu'à Rome la coexistence de plusieurs tuteurs était permise, il devait résulter nécessairement que les attributions de chacun devaient pouvoir être déterminées et délimitées. Il pouvait se faire que tous les tuteurs gérassent indivisément, ou que l'un d'eux seulement jouât un rôle actif; mais il pouvait se faire aussi que les tuteurs, gérant tous ensemble, eussent chacun leurs droits spécifiés. Cette détermination du rôle de chaque tuteur était faite par le magistrat ou par le père de famille. Une constitution insérée au Code, et qui émane des empereurs Carin et Numérien, prouve bien qu'une telle

1. Loi 12 (Ulp.), D., *De test. tut.*, XXVI, 2.

division d'attributions pouvait être faite : « *In divisionem autem administratione deducta, sive a præsidente, sive testatoris voluntate* ¹... » Ne pourrait-on appliquer ici une détermination de ce genre, et dire que la mère n'aurait certainement à prendre, relativement aux tuteurs en fonction, aucune disposition restrictive, mais qu'elle pourrait arriver au même résultat en limitant les droits du tuteur désigné par elle, à l'administration des biens qu'elle laisse à son enfant ? En agissant ainsi, elle ne sortirait pas de son droit de nommer un tuteur testamentaire.

Il y a, en effet, au Code une autre constitution, par laquelle Justinien attribue au père naturel le droit de nommer un tuteur testamentaire. L'Empereur indique que ce tuteur ne pourra être donné que pour les biens que les enfants tiennent du père². Cette réserve n'est certainement pas due à l'initiative de Justinien ; il n'aurait pas manqué de le constater et de nous faire admirer la prudente mesure prise par lui dans sa haute sagesse : s'il se borne à énoncer tout simplement cette disposition, c'est évidemment qu'il s'agit d'une règle admise antérieurement et qu'il se contente de reproduire.

Il faut conclure que la mère pourra aussi limiter aux biens laissés par eux l'administration du tuteur testamentaire par elle désigné.

Nous croyons devoir rapprocher de la question du tuteur testamentaire celle de savoir si la mère pouvait nommer à ses enfants un substitué pupillaire.

La négative est, selon nous, certaine ; ce droit ne pouvait appartenir à la mère ; il constituait un attribut essentiel de la puissance paternelle, à laquelle, nous le sa-

1. Const. 2, C., *De divid. tut.*, V, 52.

2. Const. 4, C., *De conf. tut.*, V, 29.

vons, la mère était étrangère. Mais la mère, comme tout testateur, pouvait faire une substitution vulgaire : il lui était donc possible en fait d'arriver au même résultat que par la substitution pupillaire, en instituant son fils sous la condition *cum erit quatuordecim annorum* et en lui substituant une autre personne pour le cas où il ne pourrait ou ne voudrait recueillir à cette époque ¹, de manière que si l'enfant mourait impubère, c'était le substitué qui recueillait la succession, comme au cas de substitution pupillaire.

Revenons aux droits de la mère veuve, ou plutôt à ses obligations.

Nous avons vu que la mère ne pouvait être tutrice que si l'Empereur la relevait de son incapacité. Il n'en résultait pas qu'aucune obligation ne pesât sur elle après la dissolution du mariage par suite de la mort du père. Si elle ne pouvait être tutrice, elle ne devait pas moins sauvegarder les intérêts de ses enfants, veiller à ce que leurs biens ne dépérissent pas faute d'administration. Quel moyen était à sa disposition pour accomplir cette mission de surveillance ? Ce moyen, c'était de faire nommer un tuteur à ses enfants quand ils n'étaient soumis ni à la tutelle testamentaire ni à la tutelle légitime, ou quand le tuteur en fonctions s'était fait excuser ou avait été destitué ².

La sanction de cette obligation de la mère consistait dans la privation des droits que le sénatus-consulte Tertullien, dont nous nous occuperons bientôt, lui attribuait sur les biens de ses enfants, biens qu'elle a risqué de laisser dépérir par suite de sa négligence ou de son insouciance.

1. Loi 33 pr. (Afr.), D., *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6.

2. Loi 2, § 1, D., *Qui pet. tut.*, XXVI, 6.

La loi qui imposait à la mère l'obligation que nous venons de rappeler date de l'époque des jurisconsultes classiques. Elle est due à l'un des deux empereurs Sévère : on ne sait pas au juste auquel; nous inclinons à l'attribuer plutôt à Septime Sévère, certaines lois dues à Caracalla paraissant s'y rapporter.

Quel qu'en soit l'auteur, la disposition de cette loi n'est pas moins certaine : elle est rapportée tant par Modestin que par Ulpien; ce dernier se livre même à cet égard à des développements étendus et s'attache à prévoir tous les cas qui pourraient se présenter. C'est ainsi qu'il se demande si, au cas où il y a plusieurs tuteurs et que l'un d'eux seulement est excusé ou destitué, la mère perdrait ses droits de succession faute de l'avoir fait remplacer; et c'est pour l'affirmative que le jurisconsulte se prononce ¹.

Il se demande encore si la mère serait déchue de son droit à la succession au cas où elle ne se serait abstenue de faire nommer un tuteur à son enfant que pour ne pas lui faire perdre le bénéfice d'un legs qui lui aurait été fait sous la condition de ne pas avoir de tuteur : dans ce cas, sa décision est contraire à la précédente, et il ne fait pas encourir la déchéance à la mère, à moins toutefois que la perte qu'a pu subir l'impubère par suite de l'absence de tuteur ne soit supérieure au bénéfice que lui procure le legs ².

Laissons de côté ces cas exceptionnels prévus par l'ingénieux chancelier d'Alexandre Sévère, et revenons à la constitution elle-même. Modestin nous en donne le texte :

1. Loi 2, § 39, D., *Ad. s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17. — Voir aussi loi 4, § 1 (Tryphoninus), D., *Qui petant tut.*, XXVI, 6.

2. Voir loi 2, § 44 (Ulp.), D., *Ad. s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

« *Quæ autem de matre dicta sunt, ostenduntur in epistola divi Severi, cujus verba subjecta sunt :*

« *Divus Severus Cuspio Rufino : Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo : et ideo quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum*¹. »

On le voit, aucun délai n'était accordé à la mère pour pourvoir à l'obligation que lui imposait ce rescrit. Nous trouvons pourtant dans les *Institutes* un texte qui lui accorde un an... « *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere : scituris eis quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati INTRA ANNUM petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur*². »

Mais il ne faudrait pas croire que ce délai d'un an fût toujours accordé à la mère : elle ne pouvait l'invoquer que si des empêchements graves et indépendants de sa volonté l'avaient empêchée d'agir plus tôt. Et, même dans ce cas, elle devait nécessairement agir dans le délai fatal d'un an, passé lequel la déchéance était encourue. Un texte d'Ulpien s'explique très nettement sur ce point. « *Confestim autem sic erit accipiendum, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis : nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna causa, quæ etiam mandare eam ad petendos tutores impediret ; ita tamen, et NULO MODO ANNALE TEMPUS EXCEDERET*³. »

1. Loi 2, § 2, D., *Qui pet. tut.*, XXVI, 6. — Adde : loi 2, § 23, D., *Ad. s.-c. Tert.*, et une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, au Code, loi 2, *Si ad. del.*, II, 35.

2. *Inst.*, § 6, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

3. Loi 2, § 43 (*Ulp.*), *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 47.

La déchéance d'ailleurs n'était pas prononcée contre la mère si l'enfant venait à mourir dans le délai. Ulpien en effet ajoute : « *Si enim mortalitate filii præventa est nihil matri imputetur.* » Il faut ajouter que, pour que la mère perdît ses droits de succession faute d'avoir fait nommer un tuteur à l'enfant, il fallait qu'elle-même fût majeure de 25 ans. Une constitution de Dioclétien et Maximien porte à cet égard : « *Licet in delictis ætate neminem excusari constet, matri tamen : quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegare successionem convenit : cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat* ¹. »

Quelle était exactement l'étendue de la déchéance encourue ?

Nous l'avons dit : elle ne portait que sur les droits conférés à la mère par le sénatus-consulte Tertullien. La mère pouvait avoir comme cognate un autre droit à la succession de ses enfants ; ce droit lui était conservé, la même condition n'étant pas imposée à son exercice.

On sait qu'à Rome, à côté de la tutelle, il existait une autre institution analogue, la curatelle des mineurs de 25 ans. La mère était-elle tenue, sous la même sanction, de faire nommer un curateur à ses enfants mineurs de 25 ans ?

La réponse nous est donnée par des textes précis, qui nous indiquent clairement que l'obligation imposée à la mère était restreinte à la tutelle et ne s'étendait pas à la curatelle. « *Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, dit Modestin, non etiam curatoribus observatur ; nisi quo casu impuberi curator petendus est* ². » De même, nous

1. Const. 2, C., *Si adv. del.*, II, 35.

2. Loi 1, D., *Qui pet. tut.*, XXVI, 6.

lisons au Code dans une constitution de l'empereur Alexandre : « *Petenti autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est.* »

Quelle était la raison de cette différence? C'est que le mineur de 25 ans n'avait pas besoin du secours de sa mère et pouvait agir lui-même. La fin du texte ajoute en effet : « *Cum puberes minores annis vigintiquinque ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant* ¹. »

Quant à l'étendue de l'obligation de la mère, elle consistait uniquement à s'adresser au magistrat et à requérir la nomination du tuteur ; là se bornaient et son obligation et ses droits ; elle ne pouvait ni ne devait indiquer la personne qu'il y avait lieu, selon elle, d'appeler à remplir cette fonction ; et l'eût-elle fait, le magistrat n'était nullement tenu de suivre cette indication. Que si le magistrat, se conformant à l'avis de la mère, avait nommé comme tuteur la personne par elle désignée et que ce tuteur vint à mal gérer, une responsabilité quelconque pouvait-elle s'ensuivre pour la mère? Évidemment non : l'indication donnée par la mère au magistrat n'était, en effet, qu'une simple recommandation, qui n'obligeait en rien celui-ci. Ulpien prévoit pourtant un cas particulier pour lequel il admet une exception. « *Quid, dit-il, si indignos, id est, minus habiles, ad tutelam petierit, quoniam sciebat prætorem eos non daturum? Quid tamen, si dedit eos prætor, matris petitionem secutus? Jam quidem prætoris delictum est: sed et matris punimus consilium* ². »

Nous avons dit que la mère était tenue de faire nommer un tuteur à ses enfants en cas d'excuse ou de destitution du tuteur en fonctions : elle devait en outre com-

1. Const. 6, C., *Qui pet. tut.*, V, 31.

2. Loi 2, § 34, D., *Ad. s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

battre, s'il y avait lieu, les excuses que ce tuteur pouvait faire valoir, et même faire en sorte qu'on revînt sur la décharge de la tutelle accordée à un tuteur sous prétexte d'excuses qui n'existaient pas en réalité.

Une constitution de l'empereur Alexandre Sévère ¹ parle de personnes qui devaient (les *necessarii*) ou pouvaient *sua sponte* discuter les excuses alléguées par le tuteur. La mère avait certainement en ce cas le droit d'intervenir puisqu'aucune condition spéciale n'était exigée à l'exercice de cette action. En vain opposerait-on la règle qui ne permettait pas aux femmes de se présenter devant un tribunal ; cette règle n'était déjà plus en vigueur à l'époque à laquelle nous sommes arrivé, et la loi elle-même imposait à la mère, dans certains cas, le devoir d'agir ; nous venons de voir qu'elle était tenue de faire nommer un tuteur : nous verrons plus loin qu'elle exerçait une sorte de surveillance sur l'administration du tuteur et pouvait même intenter contre ce tuteur coupable de fraude ou d'une négligence assimilable à la fraude le *crimen suspecti tutoris*. La règle en vertu de laquelle les femmes étaient regardées comme incapables d'agir en justice avait donc subi de graves atteintes, et il n'y avait rien d'extraordinaire et d'exceptionnel à lui accorder le droit de discuter les excuses alléguées par le tuteur.

Nous pensons même qu'il faut aller plus loin et classer la mère parmi les *necessarii* dont parle la constitution d'Alexandre Sévère : la mère n'était-elle pas tenue, en effet, de protéger les enfants, comme le prouve d'ailleurs l'obligation qui lui incombait de leur faire nommer un

1. Const. 1, C. *Si tut. vel curat. fals.*, V, 63.

tuteur : elle devait donc également empêcher l'admission des excuses qui n'auraient pas été sérieuses.

Nous venons de dire que la mère avait un droit de surveillance sur la tutelle ; cette surveillance ne lui était pas reconnue seulement au cas où c'était elle qui avait fait nommer le tuteur, mais aussi dans tous les autres cas, et il lui était aussi accordé par rapport au curateur, que la loi, comme nous l'avons vu, ne l'obligeait pas à faire nommer.

Quant à son droit d'intenter contre le tuteur une action criminelle, l'action du *crimen suspecti tutoris*, c'était là une dérogation au principe suivant lequel les femmes ne pouvaient intenter une action criminelle pour un fait qui ne les atteignait pas directement. Ce droit d'intenter le *crimen suspecti tutoris* fut accordé aux femmes par un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla ; mais il fallait qu'elles fussent guidées par un profond intérêt d'affection. « *Quinimo et mulieres admittuntur ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed ex solæ quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt, ut puta mater : nutrix quoque avia possunt ; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis sed pietate productæ, non continere injuriam pupillarum, admittet eam ad accusationem* ¹. »

Il était d'ailleurs essentiellement logique d'accorder à la mère le droit d'agir : le dommage causé à son enfant ne l'atteint-il pas elle-même plus gravement encore que celui dont elle serait elle-même la victime ?

La mère a le droit d'agir ; mais il faut se garder de transformer ce droit en une obligation : c'est pour elle une

1. Instit., § 3, *Quibus mod. tut. finit.*, I, 26. — Cf. loi 1, §§ 6 et 7, D., *De susp. tut.*, XXVI, 40.

pure faculté, et aucun texte ne lui en a imposé le devoir sous une sanction quelconque ; elle est donc seule maîtresse d'apprécier si elle doit ou non intenter l'action, et si elle s'en abstient elle n'encourt nullement la perte des droits successoraux que lui confère le sénatus-consulte Tertullien. Le rescrit de Sévère, qui a établi cette déchéance, ne vise nullement l'obligation d'intenter le *crimen suspecti*, et un texte de Tryphoninus en tire en termes exprès la conclusion que nous venons d'indiquer. « *Quæ autem suspectum tutorem non fecit, nec verbis, nec sententia constitutionis in pœnam incidit quod ejusmodi facta dijudicare et æstimare virilis animi est : et potest etiam delicta ignorare mater : satisque est, eam petisse talem, quid inquisitione per prætorem habita idoneus apparuit* ¹. »

La mère n'avait donc à cet égard qu'un droit et non une obligation. De plus, ce droit n'existait pas seulement pour elle à l'égard du tuteur qu'elle avait fait nommer, mais à l'égard de tout tuteur ; et comme le *crimen suspecti tutoris* pouvait être intenté même contre un tuteur légitime, sans qu'aucune restriction eût été édictée pour la mère, il faut décider qu'elle pouvait intenter cette action même à l'encontre d'un tuteur légitime ².

Nous en avons fini avec les droits de la mère sur la personne de ses enfants : nous avons maintenant à examiner ses droits sur leurs biens, et nous verrons en même temps quels pouvaient être les droits des enfants sur les biens de leur mère.

Les droits de la mère par rapport aux biens des enfants étaient de deux sortes :

La mère pouvait exiger des aliments de ses enfants :

1. Loi 4, § 4, D., *Qui pet. tut.*, XXVI, 6.
2. Loi 4, § 5 (Ulp.), D., *De susp. tut.*, XXVI, 10.

« *Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, cæterosque virilis sexus parentes (alere cogamur) AN VERO ETIAM MATREM, cæterosque parentes (et) per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum* ¹. »

Cette obligation, fondée sur la *pietas*, pesait sans distinction sur tous les enfants : elle s'impose donc aussi bien aux enfants *alieni juris* qu'aux enfants *sui juris*. A l'origine cependant ces derniers seuls étaient à même de pouvoir s'acquitter de cette obligation, puisqu'eux seuls avaient un patrimoine propre. Les enfants *alieni juris* n'acquerraient, en effet, que pour le père, et n'étaient entre ses mains que de simples instruments d'acquisition.

Cette rigueur excessive des anciens principes devait nécessairement s'atténuer : la première atteinte y fut portée, comme on sait, par Auguste ², qui permit au fils de famille de se faire un pécule comprenant tout ce qu'il avait pu acquérir comme militaire ou en sa qualité de militaire. Dès lors qu'on reconnaissait ainsi au fils de famille le droit d'avoir un patrimoine propre, l'obligation dont il était tenu envers sa mère n'était plus purement théorique : il pouvait, en effet, librement disposer de son pécule, au moins entre vifs, et, depuis Adrien, même par testament, alors même qu'il n'était plus militaire. Il pouvait ainsi consacrer une partie ou la totalité de ce pécule à l'acquittement de son obligation envers sa mère.

La mère, d'ailleurs, était tenue de son côté de fournir des aliments à ses enfants, mais cette obligation n'était en quelque sorte que subsidiaire, et ne pesait, en effet, sur la

1. Loi 5, § 2, D., *De agn. et al. lib.*, XXV, 3.

2. Inst. pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12, et loi 11, D., *De castr. pecul.*, XLIX, 17.

mère ou sur les ascendants maternels que si le père lui-même était prédécédé ou n'avait pas le moyen de s'acquitter de cette dette. «*Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinet, ita et in feminis est ; nam manifestum est, id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri : nisi pater aut non sit superstes, aut egens est*¹. »

Passons aux droits de succession.

Les droits de succession réciproque entre la mère et les enfants étaient à l'origine fort restreints, nous l'avons vu ; ils n'existaient d'ailleurs que dans certains cas, où la mère et les enfants ne se succédaient pas en vertu d'un lien de parenté naturelle mais à titre d'agnats. La *manus* seule tempérait ainsi la rigueur des principes primitifs. Mais cette institution était devenue, avec le temps, de plus en plus rare ; les cas où la mère était appelée à la succession comme agnate de ses enfants, et réciproquement, étaient devenus l'exception. Le Préteur avait dû intervenir, et en accordant à la mère et aux enfants la *bonorum possessio unde cognati*, il avait remédié dans une certaine mesure à la rigueur du droit civil. Mais ce n'était là encore qu'un tempérament insuffisant. La mère était bien appelée au premier rang dans l'ordre des cognats ; mais cet ordre lui-même n'était appelé à la succession qu'au troisième rang. La *bonorum possessio unde cognati* n'était accordée, en effet, que si personne ne demandait ni la *bonorum possessio unde liberi*, ni la *bonorum possessio unde legitimi*, et la mère pouvait se trouver privée de tout droit à la succession de ses enfants par suite de l'existence de quelque agnat éloigné. C'était là une injustice évidente. La parenté

1. Loi 8 (Marcellus), D., *De agn. et al. lib.*, XXV, 3.

civile, l'agnation, n'était que l'œuvre du législateur, œuvre calculée, car l'agnation n'était autre chose qu'une institution politique; aussi était-elle spéciale au peuple romain ¹. La parenté naturelle au contraire est l'œuvre de la nature; elle se retrouve partout, chez tous les peuples anciens et modernes, sauvages ou civilisés.

L'agnation, de création factice, était donc destinée à disparaître avec l'action du temps qui, apportant un changement dans les idées, démontrait le caractère artificiel de ce lien. Elle s'est maintenue à Rome avec la fixité remarquable de toutes les institutions romaines : mais à côté de cette parenté il a fallu, avec le progrès du temps, s'incliner devant les liens de la nature, et leur accorder dans le droit la place qu'ils devaient occuper. N'était-il pas, en effet, inique au suprême degré de ne permettre ni à l'enfant de succéder à sa mère, ni à la mère de recueillir, sinon en totalité, du moins en partie, les biens de son enfant, et d'attribuer ce droit à des parents éloignés à l'égard desquels les liens d'affection ne pouvaient certainement avoir la même force ? Pour réparer une telle injustice, le Prince était souvent obligé d'intervenir, et d'accorder par son autorité à la mère les droits que lui refusait la loi. C'est ainsi qu'un passage des Institutes nous rapporte que l'empereur Claude accorda à une mère, à titre de consolation, le droit de succéder à ses enfants :

1. Cette parenté civile se rencontre également chez certains autres peuples de race aryenne, notamment chez les Hindous du Pundjab. Elle existait aussi dans le droit grec ancien. On retrouve également en Angleterre une vieille règle fondée sur cette idée d'agnation : d'après cette règle, les demi-frères ne pouvaient succéder les uns aux autres. Ce principe était emprunté à la coutume de Normandie qui, d'ailleurs, l'appliquait d'une manière exacte et logique, c'est-à-dire seulement aux frères utérins, tandis que le droit anglais ne s'étant pas rendu compte de la cause de cette différence, l'appliquait aussi bien aux frères consanguins.

Sed hæ juris angustiae postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem ¹. » Mais ce n'étaient là que des faveurs spéciales : il fallait que le législateur intervînt pour assurer à la mère un droit inscrit dans la loi, et pour qu'elle n'ait plus à dépouiller, par suite de la volonté du Prince, des héritiers investis de droits acquis. En effet, en accordant à la mère un droit à la succession de ses enfants, l'Empereur dépouillait ceux que la loi appelait à la succession.

Deux sénatus-consultes successifs réglementèrent le droit de succession de la mère ; le sénatus-consulte Tertullien, qui réglait les droits de la mère sur la succession de l'enfant, et le sénatus-consulte Orphitien, qui réglait ceux des enfants sur les biens laissés par la mère. — Le plus ancien est le sénatus-consulte Tertullien : c'est celui que nous examinerons le premier pour passer ensuite aux dispositions du sénatus-consulte Orphitien.

Le sénatus-consulte Tertullien remonte à Antonin le Pieux, ou même, s'il faut en croire Justinien, à Adrien : « *Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Adriani temporibus factum est* ².... » En faveur de l'opinion qui attribue ce sénatus-consulte à Antonin le Pieux, on peut faire remarquer que l'on trouve sous le règne de ce Prince, en l'an 158 de J.-C. (911 de Rome) un consul du nom de Tertullus, et c'est probablement ce consul qui a donné son nom au sénatus-consulte. On s'explique mieux d'ailleurs avec cette hypothèse le silence de Gaius qui, contemporain d'Antonin le Pieux, n'aurait pas manqué de parler de ce sénatus-consulte s'il avait été rendu sous

1. Inst., § 1, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

2. Inst., § 2, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

Adrien, prédécesseur d'Antonin, tandis que si le sénatus-consulte n'a été édicté que sous Antonin le Pieux, il est probable que les écrits de Gaius lui sont antérieurs ¹.

Le sénatus-consulte Tertullien s'est inspiré du même esprit que les lois Caducaires : comme elles, il accordait une prime, sinon à la paternité, du moins à la maternité ; s'il conférait à la mère des droits à la succession de ses enfants, ce n'était qu'au cas où elle pouvait invoquer le *jus liberorum*, c'est-à-dire si elle avait trois enfants ou quatre, selon qu'elle était ingénue ou affranchie ². Quelquefois pourtant le Prince, par une faveur spéciale, accordait le *jus liberorum* ³ à une femme indépendamment du nombre de ses enfants. C'est ainsi qu'Auguste l'accorda aux vestales, et, comme nous l'avons vu, à sa femme Livie ⁴.

En dehors de cette faveur spéciale du Prince, pour qu'une femme pût jouir du *jus liberorum*, il fallait, avons-nous dit, qu'elle eût eu trois enfants ou quatre, selon le cas : il suffisait, en effet, qu'elle eût donné naissance à trois ou quatre enfants viables, fussent-ils venus postérieurement à mourir. Les jumeaux ne comptaient d'ailleurs que pour un enfant, et les monstres ne comptaient pas ⁵.

Nous ne parlons d'ailleurs ici que du *jus liberorum* tel qu'on l'entendait pour conférer le droit de succession d'après le sénatus-consulte Tertullien. On sait qu'il conférait encore d'autres droits, pour lesquels les conditions requises étaient différentes : c'est ainsi que nous avons vu, en parlant de la loi *Papia Poppæa*, que d'autres règles

1. *Comp.*, Accarias, n° 433, note.

2. *Instit.*, § 2, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

3. Paul, *Sent.*, IV, 9, § 9.

4. Dion Cass., LV, 1, et LVI, 10.

5. Paul, *Sent.*, IV, 9, *Ad s.-c. Tert.*

étaient admises en ce qui concernait les monstres.

Pour que la mère pût avoir des droits de succession sur les biens de son enfant, il fallait d'abord qu'il s'agît d'un enfant ingénu. En effet, si l'enfant n'était pas ingénu, c'est au patron ou à ses descendants que revenait la succession, et la mère n'y avait aucun droit. Bien plus, alors même que le patron serait mort sans laisser de descendants, la mère n'aurait pu lui succéder : *Ad leges serviles cognitiones non pertinent* ¹.

En second lieu, il fallait que l'enfant fût mort *sui juris* ; s'il était *alieni juris*, il ne pouvait, en effet, avoir de biens personnels, tout ce qu'il acquérait étant nécessairement acquis au père. Le fils militaire pouvait cependant posséder un *peculium castrense* ; mais les biens de ce pécule ne pouvaient faire l'objet d'une succession *ab intestat* ; et, jusqu'à Adrien, ils ne pouvaient même pas être légués par un fils de famille ayant cessé d'être militaire. Adrien lui accorda le droit de tester par rapport à ces biens ; mais si le fils de famille n'avait pas profité de ce droit, les biens revenaient au père *jure peculii* ².

« *Si filius familias miles*, nous dit Pomponius, *non sit testatus de his quæ in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineat videndum est? Sed non puto : magis enim iudicio militum beneficium hoc concessum est, non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint* ³. »

Il nous faut étudier maintenant quelle était l'étendue des droits conférés à la mère ; avant quels héritiers elle pouvait passer, et par quels héritiers elle pouvait elle-même être primée.

1. Loi 10, § 5 (Paul), D., *De grad.*, XXXVIII, 10.

2. Loi 2 (Ulp.), D., *De castr. pec.*, XLIX, 17.

3. Loi 10 D., *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

Nous avons à cet égard un texte important d'Ulpien : « *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si jus liberorum habeat, ingenua trium libertina quatuor, legitima heres fit ea senatus consulto Tertulliano: si tamen ei filio neque suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum possessionum a prætore vocatur, neque pater ad quem lege hereditas bonorumque possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus. Quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas*¹. »

Il faut donc distinguer suivant que la mère se trouve en présence de descendants, d'ascendants ou d'agnats.

I. — *L'enfant a laissé des descendants* : quels seront les droits de la mère? Il faut faire encore ici une sous-distinction. Si le défunt a laissé des *sui heredes*, même adoptifs, la mère sera exclue de la succession. « *Liberi defuncti, sui quidem obstabunt matri ejus, tam virilis sexus quam femini, tam naturales, quam adoptivi, matremque excludunt*². »

Paul, dans le même titre du Digeste, exprime la même idée : « *Æquissimum est, omnes filios matri præferri, etiam si per adoptionem in familiam relictæ essent*³. »

La mère serait exclue de même par des enfants de l'adopté⁴.

Si au contraire le défunt ne laissait pas de *sui heredes*, si par exemple il ne laissait que des enfants émancipés ou donnés en adoption, ces enfants écartaient-ils la mère?

Et d'abord, s'il s'agit d'enfants donnés en adoption, il fallait voir s'il y avait ou non des agnats. S'il y en avait, les

1. Ulpien, *Reg.*, XXVI, § 8.

2. Loi 2, § 6 (Ulp.), D., *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 47.

3. Loi 5 pr., *ibid.*

4. Loi 3, § 1, *ibid.*

enfants étaient écartés par eux et la mère se trouvait dès lors en présence d'agnats : hypothèse que nous examinerons plus loin. Si au contraire le défunt ne laissait que des cognats, les enfants qui se trouvaient *in adoptiva familia* pouvaient demander au Préteur la *bonorum possessio unde cognati*; mais comme en ce cas la mère était, comme les enfants, au premier degré dans l'ordre des cognats, ils ne pouvaient l'écarter et venaient seulement en concours avec elle.

Si maintenant ce sont des enfants émancipés qu'a laissés l'enfant, ils écarteront toujours nécessairement la mère : en effet, bien qu'ils ne fussent pas *sui heredes*, le Préteur les assimilait aux *sui* et leur accordait la *bonorum possessio unde legitimi*. Cette *bonorum possessio* ne pouvait d'ailleurs être demandée que par des enfants légitimes émancipés; les enfants adoptifs, tant qu'ils restaient en adoption, étaient bien des *sui heredes*; mais s'ils venaient à être émancipés, comme ils ne faisaient pas partie naturellement de la famille, ils ne pouvaient demander la *bonorum possessio unde liberi*.

Il faut faire une réserve pour le cas où l'enfant avait été adopté par un ascendant; la raison que nous venons de donner ne s'applique pas en ce cas : puisque même après son émancipation il reste quand même dans la famille naturelle du père émancipateur. C'est ce que prévoit Ulpien : « *Adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint : ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus ; nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta, matri obstat* ¹. »

Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il s'agissait de

1. Loi 2, § 6, D., *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

la succession d'un fils; si au contraire c'était une fille que perdait la mère, quels étaient les droits de celle-ci? Une femme ne pouvait avoir d'héritiers siens, la mère pouvait donc venir en concours avec les enfants à la succession et elle excluait les autres descendants. Nous verrons que cet état de choses ne se continua pas sous les Empereurs chrétiens, dont les constitutions enlevèrent à la mère en faveur des descendants tout droit de succession, même lorsqu'ils s'agissait de la succession d'une fille ¹.

II. — *L'enfant laisse après lui sa mère et un ascendant paternel.* Quels seront les droits de succession de la mère? — Tout dépendra en ce cas de la qualité de l'ascendant.

Si l'enfant laisse son père et sa mère, celle-ci sera absolument dénuée de tout droit. Le père, en effet, est toujours préféré à la mère, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'enfant était sous sa puissance, ou s'il l'avait émancipé.

Dans le premier cas, celui où le père avait l'enfant sous sa puissance, il aura la *bonorum possessio* et exclura toujours la mère. « *Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus, sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem* ². »

Dans le second cas, si le père a émancipé l'enfant *contracta fiducia*, c'est encore lui qui succédera à ses biens et alors non plus comme *bonorum possessor*, mais comme héritier : « *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat : mater defuncti summovetur* ³. »

Ce que nous venons de dire ne s'applique d'ailleurs qu'au *pater naturalis* ; si au contraire la mère se trouve en

1. Inst. § 3, D., *De s.-c. Tert.* III, 3.

2. Loi 2, § 16, D., *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

3. Loi 40 (Modestinus), D., *De suis et leg. her.*, XXXVIII, 16.

présence d'un père adoptif, ce n'est pas celui-ci mais bien la mère qui l'emportera : « *Patrem adoptivum matri non obesse plerique probant*, » dit Modestin¹.

Le *pater naturalis* lui-même n'excluait pas toujours la mère. Nous n'avons, en effet, supposé que le cas le plus fréquent, celui où le père n'avait été ni émancipé, ni donné en adoption par l'aïeul. Quelle était au contraire la situation d'un père émancipé, ou donné en adoption, par rapport à la succession de ses enfants restés dans la famille ? Il pouvait encore recueillir la succession de ses enfants, mais seulement ayant recours à la *bonorum possessio unde cognati*; or, cette *bonorum possessio* ne pouvait être invoquée contre les agnats, et comme la mère excluait les agnats, ou, s'il s'agissait de *consanguinei*, partageait avec eux, il s'ensuivait qu'elle était préférée au père au cas où il y avait des agnats. « *Si sit adgnatus defuncti, et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater : admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus, exclusit*². » Que si au contraire il n'y avait pas d'agnat, le père émancipé, n'étant plus exclu par eux en droit civil, venait à la succession comme cognat, et partageait avec la mère appelée en la même qualité³.

Supposons maintenant que la mère se trouve en présence non du père, mais d'un ascendant paternel ? Ses droits seront beaucoup plus étendus : loin d'être écartée par l'aïeul comme par le père, c'est elle qui l'écartera.

Ulpien, qui, comme nous l'avons déjà dit, nous donne des détails très complets sur les dispositions du sénatus-consulte Tertullien, nous dit à cet égard : « *Obijcitur matri*

1. Loi 3 D., *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.— *Adde*, loi 2, § 46, *cod. tit.*

2. Loi 2, § 47, *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

3. Loi 2, § 48, *ibid.*

*pater in utriusque bonis, tam filii, quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. Sed neque avus, neque proavus, in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint*¹. » Ainsi l'aïeul n'avait pas à succéder, par préférence à la mère, aux biens laissés par l'enfant, alors même que l'aïeul avait émancipé son fils *contracta fiducia*.

La règle suivant laquelle la mère excluait toujours l'aïeul comportait cependant une exception : c'est au cas où l'enfant laissait son père, son aïeul émancipateur et sa mère. Dans ce cas, l'aïeul l'emportait sur la mère. C'était là, d'ailleurs, une solution logique : en effet, si l'aïeul était exclu par la mère, celle-ci se trouvait en présence du père qui l'excluait elle-même : c'est lui qui succédait, et s'il était encore sous la puissance de l'aïeul, c'était à lui qu'en définitive était acquise la succession : n'était-il pas en ce cas plus simple d'écarter *de plano* la mère, sans recourir à un circuit inutile ? Si le père était *alieni juris*, la présence de la mère n'aurait servi qu'à écarter l'aïeul sans qu'il en résultât pour elle aucun avantage : « *Si ex filio nepotem avus manumisserit, isque pater, et avo, et matre superstitibus decesserit, potest quæri, quis patior esse debeat ? Nam si mater-excluserit avum manumissorem, qui patre antepositur, edicto prætoris inducetur pater defuncti; quo admissio, desinit senatus consulto locus esse et rursus avus vocabitur; itaque rectius est avo jus suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet* »³.

Il n'en serait pas de même si l'on suppose que l'enfant laissait son aïeul, son père émancipé ou donné en adoption, et sa mère : le père, dans ce cas, n'eût pas exclu la mère et n'eût pu que partager avec elle la succession, à laquelle

1. Loi 2, § 15, D., *Ad., s.-c. Tert.* XXXVIII, 17.

2. Loi 3, § 2 (Paul), *ibid.*

tous deux seraient arrivés en qualité de cognats : la mère n'avait par conséquent pas en ce cas à être dépouillée par l'aïeul qui n'aurait pu que recueillir la part revenant à son fils, au père de l'enfant, de telle sorte que la mère se trouvait en définitive concourir avec l'aïeul.

L'aïeul excluait au contraire la mère du moment que le père même émancipé avait le droit de l'exclure, ce qui pouvait se produire dans une hypothèse prévue par Ulpien. Le jurisconsulte suppose que l'enfant *de cujus*, après avoir été émancipé par son aïeul, s'était donné en adrogation à son père : *Nepos ab avo manumissus, dedit se adrogandum patri suo* : le père acquérait comme émancipateur un droit légitime sur la succession de son enfant, et pouvait par suite exclure la mère; mais le droit du père disparaissait ensuite devant celui de l'aïeul sous la puissance duquel le père était resté, et cet aïeul se trouvait ainsi, en dernière analyse, être le seul successeur; c'est ce que décide en effet Ulpien dans la suite de ce passage : « *Sive manens in potestate patris decesserit, sive manumissus diem suum abeat, solus admittetur avus ad ejus successionem ex interpretatione edicti : quia perinde defert prætor bonorum possessionem, atque si ex servitute manumissus esset ; porro si hic esset aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est : aut si obrepserit, patroni tamen nihilominus jus integrum maneret* ¹. »

La mère pouvait quelquefois, pour écarter le père, invoquer, non les dispositions du sénatus-consulte Tertullien, mais sa qualité d'agnate. C'est encore là une hypothèse que prévoit Ulpien. Il suppose que l'enfant a été adopté par son aïeul maternel, et est devenu ainsi le frère adoptif

1. Loi 1, § 2, D., *Si a par. quis man. sit.*, XXXVII, 12.

consanguin de sa mère; celle-ci était donc en droit d'opposer sa qualité d'agnate au père, qui n'était plus pour cet enfant qu'un simple cognat. Mais il pouvait se faire qu'elle eût perdu, par suite d'une *capitis deminutio*, sa qualité d'agnate, ou encore qu'elle ne voulût pas s'en prévaloir. Dans ce cas, le père vient à la succession en vertu de son droit de cognation en concours avec la mère. Que si le père répudie la succession, la mère la recueillera en vertu du sénatus-consulte Tertullien : ce n'est là d'ailleurs que l'application d'un principe que nous aurons à expliquer, et d'après lequel la dévolution était toujours admise entre la mère et les autres successeurs, qui l'excluaient ou qu'elle excluait. Voici le texte d'Ulpien qui prévoit cette hypothèse : « *Sed si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea (utputa quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit) sit præterea et pater naturalis : hæc mater, si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem : si ius consanguineæ repudiavit, vel capitis deminutione amisit, ex senatusconsulto venire propter patrem non potest ; repudiante vero patre, rursum ex senatusconsulto potest venire*¹. »

III. — *L'enfant laisse après lui sa mère et des agnats collatéraux.* En ce cas, les droits de la mère seraient plus ou moins étendus suivant la qualité de ces agnats. Certains agnats collatéraux, à savoir : les frères, excluaient la mère; certains autres partageaient avec elle : c'étaient les sœurs consanguines ; quant aux autres agnats plus éloignés, ils étaient écartés par la mère.

Nous venons de dire que, seuls parmi les agnats, les frères excluaient la mère ; il suffisait d'ailleurs de la présence d'un seul frère, alors même qu'il y aurait eu aussi

1. Loi 2, § 19, D., XXXVIII, 17.

des sœurs, pour que la mère fût exclue de toute l'hérédité, qui se partageait entre les frères et sœurs. — Les sœurs au contraire, à défaut de frères, n'excluaient la mère que jusqu'à concurrence de la moitié¹, et la présence d'une sœur consanguine suffisait pour écarter le père émancipé ou donné en adoption. Le père écarté, la mère venait en concours avec la sœur ; que si celle-ci venait à répudier la succession, le père voyait son droit renaître, mais il ne succédait plus qu'à titre de cognat, et devait en conséquence partager avec la mère².

Les droits des frères et sœurs adoptifs étaient à cet égard les mêmes que ceux des frères et sœurs naturels³; les frères, qu'ils fussent naturels ou adoptifs, écartaient toujours la mère, et les sœurs adoptives comme naturelles partageaient avec elle⁴.

En résumé, aux termes du sénatus-consulte Tertullien, la mère ne succédait à ses enfants qu'à défaut de descendants, à défaut du père ou à défaut de frères consanguins; à moins que l'un de ces héritiers ne fût exclu par le droit civil ou par le droit prétorien. De même, la mère arrivait à la succession de ses enfants toutes les fois que les personnes qui la primaient répudiaient la succession, et réciproquement la succession répudiée par la mère était recueillie par l'agnat qu'elle écartait, contrairement à la règle *successio graduum non est*, qui n'admettait pas la dévolution d'un degré à un autre dans la succession agnatique.

Certains cas spéciaux ont été prévus par les juricons-

1. Ulp., *Reg.*, XXVI, 8, *in fine*.

2. Loi 2, § 18, D., XXXVIII, 17.

3. Nous prenons ici le mot *naturels* dans le sens latin, pour exprimer le lien du sang, par opposition au lien purement civil de l'adoption, et non dans le sens opposé au mot *légitimes*.

4. Loi 7 (Paul), D., *Ad. s.-c. Tertull.*, XXXVIII, 17.

sultes, cas dans lesquels le droit de la mère vient à revivre par suite de la renonciation de l'héritier appelé de préférence à elle.

Si le *de cuius* laisse après lui un descendant et sa mère, celle-ci est écartée par le descendant, mais elle recueillerait la succession si le descendant venait à la refuser*si omiserit* (il s'agit d'un *filius*) *legitimam hereditatem, mater ex senatusconsulto Tertulliano admittetur*.

Il en serait évidemment autrement si le *de cuius* avait laissé plusieurs descendants légitimes et que certains seulement d'entre eux avaient refusé, d'autres acceptant. En ce cas, la mère n'avait aucun droit, puisqu'elle ne pouvait succéder qu'à défaut de descendants; or, dans l'hypothèse que nous formulons, il y avait des descendants qui venaient à la succession. La fin du texte prévoit, en effet, ce cas et tranche la question: «*Sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint, qui cum eo admittantur; nec in partem eorum mater ex senatusconsulto erit vocanda* ¹. »

De même la mère pouvait venir à la succession si les cognats avaient laissé passer le *tempus deliberandi* sans demander la *bonorum possessio*. Pendant ce délai, les droits de la mère se trouvaient ainsi être en suspens ².

Il en était de même, et la mère venait à la succession, si un descendant *sui juris*, après avoir accepté, se faisait restituer *in integrum*, à moins cependant qu'ensuite il ne vînt à s'immiscer dans la succession, ce qui faisait de nouveau perdre tout droit à la mère ³.

La mère n'était appelée, d'ailleurs, à défaut d'héritiers légitimes, que s'il était hors de doute que de tels héri-

1. Loi 2, § 14 (Ulp.), *Ad s.-c. Tert.*, XXXVIII, 17.

2. Loi 10 (Pomp.), *ibid.*

3. Loi 2, § 10, *ibid.*

tiers n'existaient pas, ou que, s'il en existait, ils ne voulaient ou bien ne pouvaient recueillir la succession.

C'est ainsi que tant que l'on pouvait espérer la naissance d'un posthume ou le retour d'un captif, tout droit était refusé à la mère. « *Si vero apud hostes est filius, vel nasci speratur, pendet jus matris, donec redierit, vel nascatur* ¹. »

Les droits de la mère restaient encore en suspens s'il n'y avait pas lieu à une *bonorum possessio edictalis*, mais à une *bonorum possessio decretalis*. Si par exemple la *bonorum possessio* avait été accordée au curateur d'un fou, la situation de la mère dépendait du point de savoir si, une fois rétabli, le fou demandait ou non la *bonorum possessio edictalis*. S'il la demandait, la mère perdait tous droits; s'il s'en abstenait ou venait à mourir, c'était au contraire la mère qui succédait ².

Même solution au cas où il s'agissait d'un impubère dont l'état était contesté et auquel par conséquent le Préteur ne pouvait accorder que la *bonorum possessio Carboniana*; les droits successoraux de la mère demeuraient suspendus jusqu'à la puberté de ce descendant : si, à cette époque, il demandait et obtenait la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*, la mère se trouvait exclue, si au contraire il renonçait à la succession, ou si cette succession ne lui était pas déférée, ou encore s'il venait à mourir dans l'intervalle, la mère recueillait les biens, auxquels elle avait désormais un droit définitif ³.

Nous avons dit que si le défunt n'avait pas laissé d'enfant, mais qu'on espérait un posthume, les droits de la mère restaient suspendus : une *bonorum possessio* pouvait

1. Loi 2, § 7, XXXVIII, 17.

2. Loi 2, § 11, *ibid.*

3. Loi 2, § 12, *ibid.*

être demandée au Préteur au nom de ce posthume ; que si ensuite l'enfant venant à naître mourait avant d'avoir obtenu une *bonorum possessio edictalis*, la mère n'était pas déchuée de ses droits. Telle est, en effet, la solution que nous donne Ulpien ¹. Mais, pour que la mère fût définitivement déchuée, il suffisait que cette possession fût demandée par le tuteur, le jurisconsulte, comparant la situation de l'enfant et du fou, établit la différence entre les deux cas : pour le premier, le tuteur peut demander la *bonorum possessio edictalis* ; quand il s'agit d'un fou, au contraire, lui-même redevenu sain d'esprit pourra seul demander valablement cette possession ².

Ulpien prévoit encore une autre hypothèse : le *de cujus* a laissé une sœur consanguine, et son père émancipé ou donné en adoption. La sœur consanguine acceptant la succession exclut le père, mais elle-même doit partager avec la mère. Que si, au contraire, la sœur répudie la succession, le père, n'étant plus exclu, a des droits à la succession comme cognat, et doit, en cette qualité, partager avec la mère. Mais Ulpien ajoute que celle-ci devra attendre que son mari ait demandé la *bonorum possessio*, car, s'il ne la demande pas, elle pourra succéder, non plus comme cognate, mais en vertu du sénatus-consulte Tertullien ³.

Ajoutons enfin que la mère ne devait pas, tant qu'elle pouvait espérer arriver à la succession comme héritière légitime, se prévaloir des droits que lui conférait le sénatus-consulte. C'est ainsi que dans l'hypothèse où le *de cujus* aurait laissé, d'une part, une fille donnée en adoption, de l'autre, sa mère, toutes deux devaient, d'après une déci-

1. Loi 2, § 11, XXXVIII, 17.

2. Loi 2, § 13, *ibid.*

3. Loi 2, § 18, *ibid.*

sion d'Antonin le Pieux. être admises à la *possessio unde proximi cognati*; et que tant que la fille n'avait pas demandé la *bonorum possessio*, la mère ne devait pas non plus la demander, puisqu'elle pouvait espérer succéder comme héritière légitime si sa fille venait à prédécéder ¹.

Tels étaient les droits de succession que conférait à la mère le sénatus-consulte Tertullien, sous la condition, avons-nous dit, qu'elle eût le *jus liberorum*. C'était là, du moins à l'origine, la seule condition exigée. Toute mère jouissant du *jus liberorum* pouvait se prévaloir des dispositions du sénatus-consulte. Peu importait qu'elle fût ingénue ou affranchie ². Dans ce dernier cas, on exigeait seulement qu'elle eût ou qu'elle eût eu quatre enfants. Peu importait aussi qu'elle fût *sui juris* ou *alieni juris*, sauf, dans ce dernier cas, la nécessité de faire adition sur l'ordre du père ³.

Toute mère, fût-elle *famosa*, jouissait des mêmes droits ⁴, et il en était, comme nous le verrons, de la mère naturelle comme de la mère légitime ⁵.

Mais si le sénatus-consulte lui-même n'imposait à la mère aucune condition spéciale, nous avons vu qu'une condition postérieure d'un des deux Sévère imposait à la mère l'obligation de faire nommer un tuteur à son enfant, sous la sanction de la perte des droits à elle conférés par le sénatus-consulte.

Les dispositions du sénatus-consulte Tertullien subirent des modifications successives sous les Empereurs chrétiens

1. Loi 2, § 9, XXXVIII, 17.

2. Loi 2 pr., *ibid.*

3. Instit., § 2, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

4. Loi 2, § 4, XXXVIII, 17.

5. Inst., § 7, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

et enfin sous Justinien : nous aurons à examiner ces nouvelles dispositions dans nos chapitres suivants.

Par cela même que la mère acquérait des droits de succession sur les biens de ses enfants, on devait nécessairement aussi lui reconnaître le droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti* contre le testament de son enfant qui l'aurait omise. Ce droit avait dû d'ailleurs lui être reconnu à défaut de *sui* ou d'agnats, dès le moment où le préteur lui eût accordé la *bonorum possessio unde cognati*.

La *querela*, spécialement celle des ascendants, n'est pas fondée, comme l'était l'obligation d'instituer les héritiers, sur l'idée de copropriété : elle est fondée sur l'*officium pietatis*, sur l'affection réciproque que se doivent porter les ascendants et les descendants. Il n'y avait donc aucune raison pour refuser à la mère l'exercice de cette action, dans la mesure de ses droits héréditaires, puisqu'au point de vue de l'affection aucune différence ne peut être faite entre le père et la mère par rapport à leurs enfants.

Une fois le droit de la mère sur la succession de ses enfants reconnu, il était naturel d'admettre la réciprocité et de reconnaître également aux enfants des droits sur les biens laissés par leur mère prédécédée. Ce nouveau progrès ne se fit pas attendre, et quelques années après, le sénatus-consulte Tertullien fut suivi d'un autre sénatus-consulte, auquel nous avons fait déjà allusion : c'est le sénatus-consulte Orphitien, qui régla les droits des enfants à la succession de leur mère.

Il résulte de ce rapprochement que si la disposition du premier sénatus-consulte Tertullien tendait à donner une prime à la maternité, il était fondé en outre sur l'*officium pietatis* que se doivent entre eux les parents : on recon-

naissait enfin les droits de la parenté naturelle ¹; les parents naturels étaient désormais appelés à la succession réciproque l'un de l'autre par la *sanguinis ratio* ², suivant l'expression de Gaius.

Le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle, établissait la réciprocité des droits de la mère et ceux des enfants, et appelait ceux-ci à la succession de leur mère sans distinguer, non plus d'ailleurs que le sénatus-consulte Tertullien pour la mère, entre les enfants *sui juris* ou *alieni juris* ³, entre les filles ou les fils, entre les enfants naturels et les enfants légitimes et même *vulgo concepti* ⁴. Tous succédaient à leur mère sans distinguer non plus si elle était ingénue ou affranchie ⁵.

Les droits accordés aux enfants sur la succession de leur mère étaient d'ailleurs plus étendus que les droits de la mère sur celle de ses enfants, et cela à un double point de vue.

En premier lieu, aucune condition n'était exigée chez l'enfant, sinon la qualité de citoyen romain et d'ingénu; on n'exigeait pas d'eux le *jus liberorum*, et aucune autre condition, comme celle du rescrit de Sévère, ne leur fut imposée postérieurement.

En second lieu, à la différence de ce qui se passait pour la mère, les enfants excluaient tous les héritiers appelés par l'ancien droit civil, les femmes ne pouvant avoir d'héritiers *siens*; c'est ainsi qu'ils excluaient les agnats de la mère, même si ces agnats étaient ses frères et sœurs con-

1. Voir note 3, p. 91.

2. Loi 2, D., *Unde cognati*, XXXVIII, 8.

3. Loi 9, D., Gaius, XXXVIII, 17.

4. Loi 1, § 2, *ibid.* Adde Inst., § 3, *De s.-c. Orphit.*, III, 4.

5. Loi 1 pr., D., XXXVIII, 17.

sanguins ¹; de même ils primaient le père émancipateur et le patron ².

Le sénatus-consulte Orphitien n'accordait des droits de succession qu'aux enfants du premier degré³, comme d'ailleurs le sénatus-consulte Tertullien n'avait accordé des droits qu'à la mère et non à l'aïeule ⁴.

L'enfant appelé en vertu de ce sénatus-consulte à la succession de sa mère pouvait, par suite de cette vocation, intenter la *querela* contre le testament de celle-ci, si ce testament l'omettait ou l'exhéredait ⁵.

Les dispositions du sénatus-consulte Orphitien comme celles du sénatus-consulte Tertullien devaient nécessairement se modifier avec le temps. Les Empereurs chrétiens s'appliquèrent à élargir les droits de la mère sur les biens des enfants et ceux des enfants sur les biens de leur mère, de même qu'à d'autres points de vue ils accordèrent à la femme, à la mère, des droits de plus en plus étendus. Sous l'influence de la religion nouvelle, ils s'efforcèrent de relever le rôle de la femme et de lui rendre le prestige que lui assuraient les vieilles mœurs romaines et qu'avaient effacé des siècles de corruption.

Nous allons étudier ces efforts qui ont si puissamment contribué à rapprocher le rôle de la femme romaine du rôle de la femme de nos jours et qui portent l'empreinte profonde d'une religion moralisatrice.

1. Inst. pr., *De s.-c. Orph.*, III, 4.

2. Loi 1 (Ulp.), § 9, *in fine*, XXXVIII, 17.

3. Inst., § 1, *De s.-c. Orph.*, III, 4.

4. Inst., § 2, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

5. Arg., Loi 9, C., *De suis*, VI, 55.

CHAPITRE IV

CONDITION DE LA MÈRE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS, DEPUIS CONSTANTIN JUSQU'À JUSTINIEN

L'organisation de la puissance paternelle avait déjà subi de nombreuses modifications sous les Empereurs des trois premiers siècles. Ses attributs devaient être encore restreints par les Empereurs chrétiens. Par cela même que le père perdait les droits exorbitants qu'il avait sur ses enfants, la mère n'avait plus à souffrir des mesures rigoureuses dont pouvaient être l'objet ses enfants sans qu'elle eût même été consultée.

Dès auparavant, le père ne pouvait déjà plus, comme aux premiers temps, tuer impunément son enfant; les Empereurs Trajan et Adrien étaient intervenus pour punir les pères qui ne reculaient pas devant un si odieux abus ¹. Constantin décida que le père qui aurait tué son enfant serait puni de la même peine que le parricide, peine qui consistait à être lié dans un sac de cuir, avec un chien, un coq, une vipère et un singe pour être jeté ensuite dans la mer ou dans un fleuve ².

Constantin s'efforça de mettre fin, ou du moins d'impo-

1. Loi 5, D., *Si a par. quis man.*, XXXVII, 12. — Loi 5, D., *De leg. Pomp. de parric.*, XLVIII, 9. — Adde : Loi 2, *Ad leg. Corn. de sicar.*, XLVIII, 8.

2. Loi unique C., *De his qui parent. vel lib. occid.*, IX, 17.

ser des limites à un abus trop fréquent : celui de l'exposition des enfants. Déjà une constitution de Dioclétien avait déclaré le père qui exposait ses enfants déchu de la puissance paternelle ¹.

Constantin se rendit compte qu'il était impossible d'empêcher absolument les expositions d'enfants, alors qu'elles n'étaient souvent que l'effet de la pauvreté, de la misère ; aussi s'efforça-t-il d'assurer des ressources aux parents pauvres, en imposant à ses officiers l'obligation de leur fournir des secours ; mais ce n'était là qu'un remède insuffisant. Dans l'impossibilité d'arrêter complètement le mal, Constantin prit des mesures de nature à engager ceux qui trouveraient des enfants abandonnés à les prendre à leur charge et à les élever. Il leur accorda, s'ils les élevaient, la puissance paternelle ou le *mancipium* sur ces enfants, sans que le père pût jamais revendiquer ses droits sur eux ; il établit même une sanction pénale contre le père qui soulèverait une pareille prétention ².

Une autre mesure fut prise par Constantin pour empêcher les expositions d'enfants ou les infanticides. Il autorisa la vente des enfants, qui avait été flétrie par une constitution d'Antonin Caracalla, et absolument défendue par les empereurs Dioclétien et Maximien. Mais il ne permit que la vente des enfants nouveau-nés. A la différence du père qui avait exposé son enfant, celui qui l'avait vendu pouvait toujours le reprendre en restituant à l'acheteur le prix d'achat, ou en lui donnant un esclave pour le dédommager de sa perte ³.

1. Const. 16, C., *De nupt.*, V, 4.

2. Const. 1, C. Théod., *De expositis*. — Adde : Const. 2, C., *De inf. exp.*, VIII, 52.

3. Const. 1, C. Théod., *De his qui sanguin.*, V, 8. Il a y aussi au Code de Justinien une constitution inscrite sous le n° 2 au titre *De patribus, qui filios*

Les Empereurs qui suivirent ce grand Prince se préoccupèrent eux aussi de la grave question de l'exposition des enfants, et l'on trouve aux Codes un certain nombre de constitutions sur ce point.

Valentinien, plus rigoureux de beaucoup que Constantin, punit de mort le père ou la mère qui aurait exposé son enfant : il assimilait ainsi l'exposition à l'infanticide ¹.

Après lui, Théodose décida que les enfants exposés, dont le nombre restait toujours considérable malgré les sévérités de la loi, pourraient redevenir libres et *sui juris* sans être tenus, comme l'avait exigé Constantin, d'indemniser la personne qui les avait élevés ². Les effets de cette dernière mesure ne furent sans doute pas heureux, car Valentinien III la rapporta pour en revenir aux dispositions de la constitution de Constantin ³.

Enfin les Empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius décidèrent qu'en cas de vente les enfants vendus deviendraient *ingenui*, sans être tenus d'aucune obligation pécuniaire envers l'acheteur ⁴.

Quant au droit d'abandon noxal en ce qui concernait l'enfant, il était dès longtemps tombé en désuétude ⁵.

Quel était, à l'époque à laquelle nous sommes arrivé, le rôle que jouait la mère dans la famille ? La femme avait alors une situation bien autrement libre, une condition bien autrement indépendante qu'autrefois ; elle pouvait

suos distraxerunt, et attribuée par l'auteur de la compilation à Constantin ; mais les termes de cette constitution, si elle émane véritablement de Constantin, ont en tout cas été profondément modifiés par les rédacteurs du Code, afin de la mettre d'accord avec les dispositions prises par Justinien.

1. Const. 8, C., *Ad leg. Cornel. de sicar.*, IX, 16.

2. Const. 1, C. Théod., *De patr. qui filios distr.*

3. Nov. 2.

4. Const. 1, C. Théod., III, 3.

5. Inst., § 7, *De nox. act.*, IV, 8.

donc, sinon s'opposer de sa propre autorité aux mesures arbitraires et contraires aux lois que le père eût pu vouloir prendre à l'égard de ses enfants, du moins s'adresser aux magistrats pour leur déférer ces actes de son mari. Elle pouvait aussi racheter elle-même les enfants en supposant que, pauvre comme le père à l'époque de la vente, elle eût postérieurement acquis des biens personnels. Si, alors que le père était pauvre, la mère avait déjà des biens personnels, elle pouvait, lorsqu'il se proposait de vendre ses enfants, s'adresser aux magistrats pour empêcher cette vente.

Ces divers droits de la mère ne lui sont pas conférés par le fait même de la maternité ; ils résultent de l'émancipation progressive de la femme. Dans l'intérieur même de la famille, la femme, et par conséquent la mère, n'avait pas de droits plus étendus qu'aux époques précédentes. C'était le père qui, sa vie durant, exerçait seul la puissance paternelle ; c'est lui qui émancipait son enfant, qui le donnait en adoption, qui le mariait, sans être tenu de demander le consentement ou même l'avis de la mère.

La mère pendant le mariage restait aussi dépourvue de droits que par le passé, et la législation n'avait fait aucun progrès sur ce point. Mais, au contraire, comme nous le verrons, la mère acquérait après la dissolution du mariage des droits qu'elle n'avait pas aux époques antérieures, droits relatifs tant à la garde des enfants qu'à la délation de la tutelle.

Quelles prérogatives conférait à cette époque la maternité ?

Parmi les droits que donnait à la mère aux époques antérieures le *jus liberorum*, figurait celui d'être exemptée de la tutelle perpétuelle et d'être soustraite aux disposi-

tions de la loi *Voconia*. Mais sous les Empereurs chrétiens la tutelle perpétuelle des femmes n'existait plus ; aucune disposition légale n'avait abrogé cette institution, établie dans un but purement aristocratique ; mais elle avait disparu d'elle-même avec le temps, et sous Constantin elle n'était plus déjà qu'un souvenir. Nous voyons en effet cet Empereur, à propos des conditions d'obtention de la *venia ætatis*, ne faire aucune distinction entre les femmes et les hommes ; aucune allusion n'est faite dans la constitution dont nous parlons à l'institution de la tutelle en vertu de laquelle les femmes étaient jadis frappées d'incapacité pendant toute leur vie. « *Fœminas quoque, dit Constantin, quas morum honestas, mentisque solertia commendat, cum octavum et decimum annum egressæ fuerint, veniam ætatis impetrare sancimus* ¹. »

De même la prohibition prononcée contre les femmes par la loi *Voconia* avait disparu avec le cours des siècles, sans que son abolition résultât non plus d'un acte législatif : Justinien l'abrogea expressément, mais il ne faisait en cela que consacrer l'œuvre du temps.

Le *jus liberorum* ne servait donc plus à la mère sous les Empereurs chrétiens ni pour l'affranchir de la tutelle, ni pour écarter l'application de la loi *Voconia*.

Nous avons vu que les lois Caducaires avaient prononcé des déchéances contre les *orbi* et contre les *cœlibes*, et que leurs dispositions s'appliquaient aussi bien aux femmes qu'aux hommes : les femmes y échappaient d'ailleurs par le *jus liberorum*. Mais, comme nous l'avons dit, ces lois n'avaient pas atteint leur but ; elles n'avaient fait que développer encore la dépravation des mœurs, et qu'ébranler de plus en plus l'instabilité du mariage qui n'était plus

1. Const. 2, § 1, C., *De his qui ven.*, II, 45.

alors l'institution sacrée des premiers temps, mais trop souvent une pure spéculation. On ne le considérait plus comme une union sainte, soumise à des lois qui la sauvegardaient d'autant plus qu'elles étaient plus rigoureuses ; mais seulement comme une fâcheuse nécessité. Il était devenu un moyen et non plus un but ; on se mariait *liberorum quærendorum causa*, pour échapper aux déchéances prononcées par les lois. Aussi, dans les trois premiers siècles de l'Empire, le nombre des divorces était allé toujours en augmentant.

Avec le Christianisme on devait nécessairement se rendre compte du peu d'utilité des dispositions des lois Caducaires et de leurs fâcheux résultats : aussi Constantin abrogea-t-il les dispositions des lois *Julia* et *Papia* qui établissaient des déchéances à l'égard des *cælibes* et des *orbi* ¹. La disposition abrogeant les déchéances résultant des lois Caducaires s'étendait aussi bien aux femmes qu'aux hommes ; il n'y a aucun doute sur ce point : la constitution de Constantin renferme en effet une disposition expresse relative aux femmes : « *Quam rem et circa feminas existimamus, earumque cervicibus imposita juris imperia, velut quædam juga, solvimus promiscue omnibus.* »

Des dispositions des lois Caducaires il restait encore les dispositions relatives au *jus patrum* ² ; mais nous avons dit que les femmes ne profitaient pas de ce droit.

Si le *jus patrum* se maintint, c'est parce qu'il n'était plus fondé sur le désir d'accorder un privilège à la paternité, mais sur celui de faciliter aux pères chargés d'une

1. Const. 2, C. Théod., *De jur. lib.*, VIII, 17.

2. Nous pensons avec Machelard (*de l'Accroissement*, chap. II, § 3) que la constitution de Constantin n'avait pas supprimé les privilèges accordés aux *patres*.

nombreuse famille l'obligation d'élever leurs enfants. Bien que cette raison s'appliquât aussi bien à la mère qu'au père, aucun texte ne nous montre qu'elle eût à cet égard les mêmes droits que le père, c'est-à-dire qu'elle bénéficiât du *jus patrum*.

Le *jus liberorum* ne conférait donc plus à la mère aucun droit, sauf, comme nous le verrons plus loin, par rapport aux dispositions du sénatus-consulte Tertullien ¹.

Arrivons à la situation que les Empereurs chrétiens ont faite à la mère après la dissolution du mariage, soit par le divorce, soit par la mort du mari.

Et d'abord, quant au divorce, les Empereurs chrétiens, s'ils se sont montrés plus sévères quant aux causes du divorce ², n'ont pris, dans les deux premiers siècles de l'empire à Constantinople, aucune disposition quant à la garde des enfants.

Justinien le premier s'occupa de cette question ; et nous examinerons ses réformes au chapitre suivant.

Pour la mère veuve, au contraire, il a été rendu

1. Une constitution d'Honorius et Arcadius, qui forme au Code Théodose la loi 1, VIII, 16, accordait des facilités pour l'obtention du *jus liberorum*.

2. Voir les constitutions de Constantin (loi 1 C. Théod., *De repud.*, III, 16), de Théodose et Honorius (loi 2, *ibid.*) et de Théodose le Jeune et Valentinien III (loi 8, C. Just., *De repudiis*, V, 17). — La femme qui répudiait son mari en dehors des cas prévus par la loi perdait sa dot et la donation *ante nuptias* et ne pouvait se remarier que cinq ans après : *æquum est enim eam interim carere connubio, quo se monstravit indignum*. Si elle enfreignait cette défense, le mariage était nul, et elle-même était notée d'infamie. (Loi 8, § 4, C., *De repud.* — Adde : Instit., § 12, *De nuptiis*, I, 40.) Si, au contraire, c'était le mari qui divorçait sans juste cause, il était tenu de rendre la dot, et il perdait également la donation *ante nuptias*, dont le montant devait être conservé pour les enfants auxquels on le remettait au jour du décès de la mère. En résumé, si le père divorçait sans cause, la mère conservait la donation *ante nuptias* pour les enfants ; dans le cas contraire, c'est le père qui conservait la dot et la donation *ante nuptias*, qui ne pouvaient être ni hypothéquées ni aliénées ; en cas d'aliénation, les enfants pouvaient les revendiquer si eux-mêmes n'étaient pas tenus comme héritiers à garantir les acheteurs.

par les Empereurs chrétiens de très nombreuses décisions qu'il importe d'examiner.

Nous avons vu qu'à l'époque classique la mère n'avait pas la tutelle de ses enfants, à moins que, par une mesure spéciale et tout exceptionnelle, le Prince ne la lui eût accordée. La mère n'était pas la seule à souffrir de ce manque de confiance du législateur. Les enfants se trouvaient de leur côté privés de la plus zélée des protectrices : qui, plus que la mère, pouvait s'intéresser à leur avenir, être pour eux un guide affectueux et vigilant ?

Les Empereurs chrétiens comprirent combien les mères devaient souffrir de ne pouvoir servir les intérêts de leurs enfants comme elles l'eussent voulu, de ne pouvoir leur consacrer toute leur intelligence et tout leur dévouement. Ils donnèrent à la mère la satisfaction de se voir conférer par la loi un droit que lui donnait déjà la nature.

Arcadius, Théodose et Valentinien confièrent à la mère le droit d'être tutrice. Mais hâtons-nous de faire remarquer que ce n'était là pour la mère qu'une pure faculté, et que la loi ne lui imposait pas cette charge : c'était à elle à la demander au magistrat, et celui-ci devait obtempérer à sa demande s'il n'y avait ni tuteur légitime ni testamentaire, ou si ces tuteurs étaient incapables ou excusés.

La mère ne pouvait toutefois être investie de la tutelle que sous deux conditions ; d'abord une condition d'âge : elle devait avoir au moins vingt-cinq ans ; ensuite, elle devait jurer *apud acta* de ne pas se remarier.

On le voit, cette constitution était conçue dans un esprit essentiellement différent de celui des lois Caducaires qui, par tous les moyens, essayaient de favoriser les mariages et ne dispensaient de l'application de leurs dispositions

que pendant un très court laps de temps la femme divorcée ou veuve ¹.

La constitution dont nous nous occupons considérait, au contraire, la mère qui se remariait comme indigne de la confiance du magistrat. Par cela seul qu'elle contractait une seconde union, on la regardait comme manquant envers ses enfants de la tendresse et de l'affection qu'on lui avait supposée.

La mère qui, en violation de son serment, voulait contracter un second mariage, devait au préalable faire nommer par le magistrat un autre tuteur à son enfant ², et une double sanction garantissait l'exécution de cette obligation. Elle perdait d'une part tout droit sur la succession de son enfant mort impubère ³, et d'autre part une hypothèque tacite grevait au profit de cet enfant ses biens et ceux du second mari.

La mère était donc libre de demander ou de ne pas demander la tutelle : *sane in optione hujusmodi nulla cogatur*. La loi ne lui imposait pas une charge qui pouvait être trop lourde pour elle ; mais d'autre part on ne considérait pas son droit comme plus respectable que celui d'un tuteur légitime ou testamentaire. La présence de l'un ou de l'autre de ces tuteurs, bien qu'ils portassent nécessairement à l'impubère bien moins d'intérêt que la mère, excluait celle-ci de la tutelle.

La tutelle légitime surtout offrait moins de garantie que la tutelle maternelle : autrefois les agnats, par cela même

1. Ce délai était, aux termes de la loi *Julia*, d'une année pour la mère veuve, et de six mois pour la femme divorcée. La loi *Papia* porta ces délais à deux ans pour la veuve et à dix-huit mois pour la femme divorcée. (Ulp., *Reg.*, XIV.)

2. Const. 6, C., *In quibus causis. pign.*, VIII, 15.

3. Const. 6, C., *Ad s.-c. Tert.*, VI, 56.

qu'ils étaient héritiers présomptifs de l'impubère, avaient intérêt à la bonne gestion de ses biens, et c'était là précisément ce qui expliquait que la tutelle leur fût déférée : *ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelæ esse debet*. Mais il n'en était plus ainsi lorsque la mère eut acquis à la succession de l'enfant des droits qui primaient ceux des agnats autres que le frère consanguin, lequel passait avant elle, et autres aussi que les oncles paternels et les descendants au premier et au deuxième degré, avec lesquels, d'après une constitution de Constantin, elle venait en concours ¹. La tutelle légitime n'offrait plus dès lors les mêmes garanties qu'antérieurement, et il était contraire à l'intérêt de l'impubère d'écarter la mère au profit des agnats. Il y avait donc encore un progrès à réaliser : c'est à Justinien que revient l'honneur d'y avoir pourvu, ce qu'il fit, comme nous le verrons, par une constitution insérée au Code et par deux Nouvelles.

Avant de nous occuper des droits de succession de la mère, qui reçurent pendant cette époque une nouvelle organisation, disons un mot de son droit de consentir au mariage de son enfant.

Nous avons dit que le consentement du père au mariage de l'enfant n'avait plus le même caractère qu'à l'origine ; il ne s'agissait plus pour lui d'un droit arbitraire exclusivement exercé à son profit : c'était surtout dans l'intérêt des enfants que ce consentement était désormais exigé. Il était alors naturel de conférer également à la mère la mission de protéger l'enfant, alors du moins que le père n'existait plus.

Même pendant la vie du père, celui-ci n'était plus toujours le seul arbitre : c'est ainsi qu'une consultation de

1. Const. 1, C. Théod., *De leg. her.*, V, 1.

Valentinien, Valens et Gratien, visant le cas du mariage d'une veuve mineure de 25 ans, pour lequel le consentement du père était nécessaire, bien qu'elle fût émancipée, établissent que le père devait au préalable consulter les proches parents de sa fille. Or parmi ces proches parents, pourquoi la mère n'eût-elle pas été comprise ? Quand il s'agissait du mariage de la fille, n'était-elle pas plus apte à donner un avis utile que des parents nécessairement plus éloignés qu'elle ? En vain objecterait-on que son sexe lui enlevait tout droit à se faire écouter : nous avons vu que déjà, aux termes d'une constitution de Sévère et Antonin Caracalla, la mère veuve avait le droit de consentir au mariage de sa fille, et nous verrons que ce droit de la mère fut encore étendu par une constitution d'Honorius et Théodose. Le progrès que nous signalons était encore une conséquence de la modification profonde qui s'était opérée dans le point de vue auquel on se plaçait pour exiger le consentement du père, requis principalement désormais dans l'intérêt de l'enfant. Aussi une constitution des empereurs Valens, Valentinien et Gratien décida-t-elle que s'il répugnait à la fille émancipée, mineure de 25 ans, de se soumettre au choix du père et de ses proches parents, elle pourrait elle-même choisir comme époux celui qu'elle préférait parmi les *competitores pares genere et moribus* ¹.

La constitution des empereurs Honorius et Théodose, dont nous avons parlé, décidait que les femmes *sui juris* (mineures de 25 ans) ne pouvaient contracter mariage sans le consentement de leur père. Mais la loi ajoutait : *Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultæ judicium* ². Que fallait-

1. Const. 48, C., *De nuptiis*, V, 4.

2. Const. 20, C., *ibid.*

il entendre par les mots : *si patris auxilio destituta*? La constitution prévoyait-elle seulement le cas de mort du père, ou s'étendait-elle à tous les cas où le père était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, établissant ainsi pour la mère un droit analogue à celui que lui confère, dans le droit actuel, l'art. 149 du Code civil? Il faut décider, malgré la complexité de la formule, que la constitution ne prévoyait que le cas de mort du père.

Quels étaient à l'époque dont nous nous occupons les droits réciproques de la mère sur les biens de ses enfants, et ceux des enfants sur les biens de leur mère?

Et d'abord, quels étaient les droits de la mère sur les biens de ses enfants?

La disposition du sénatus-consulte Tertullien, tout en continuant à s'appliquer, subit de nombreuses modifications¹ par l'effet de constitutions des Empereurs Constantin, Valentinien I^{er} et Valens, Théodose II et Valentinien III, constitutions qui sont au nombre de trois, et dont nous donnerons l'explication généralement admise.

La première de ces constitutions, due à l'empereur Constantin², date de l'an 321 après Jésus-Christ. Nous en avons déjà dit quelques mots. Elle restreint les droits que le *jus liberorum* assurait à la mère; celle-ci ne peut plus, comme auparavant écarter tous les collatéraux autres que les frères et sœurs consanguins : elle doit, non céder ses droits, mais les partager avec les oncles paternels de l'enfant, agnats ou émancipés, et avec leurs descendants au premier et au deuxième degré.

1. Instit., § 5, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

2. Const. 1, C. Théod., *De leg. her.*, V, 1. — Voir Cujas, not. prior., *ad Inst.*, *ad senatusc. Tertull.*

La part de la mère variera toujours cependant selon qu'elle aura ou non le *jus liberorum* : elle sera de deux tiers dans le premier cas, d'un tiers seulement dans le second.

Les droits de la mère se trouvaient ainsi diminués dans une hypothèse déterminée. Une autre disposition de la même constitution les étendait au contraire : la mère dépourvue du *jus liberorum* n'était plus désormais exclue par tous les agnats ; elle avait droit à un tiers de la succession, à moins cependant qu'elle ne se trouvât en présence de frères ou sœurs ; l'existence de ces collatéraux privilégiés lui enlevait absolument tout droit.

La seconde des trois constitutions dont nous nous occupons est celle de Valentinien et Valens¹ ; elle date de l'an 369. On n'est pas bien fixé sur sa portée exacte. D'après un certain nombre d'interprètes, elle ne faisait que confirmer la constitution de Constantin. S'il faut en croire au contraire l'interprétation ancienne, l'interprétation Visigothe, elle aurait contenu des innovations que le premier système attribue à la constitution suivante, celle de Théodose II et Valentinien III. Ces innovations consistaient à accorder aux frères émancipés une situation meilleure qu'aux oncles paternels, qu'ils excluèrent. Les frères émancipés enlevaient à la mère un tiers si elle jouissait du *jus liberorum* ; deux tiers si elle n'en jouissait pas.

La constitution de Théodose II et Valentinien III contient bien une disposition analogue : on ne s'expliquerait pas cette répétition si la constitution de Valentinien I^{er} et Valens s'était appliquée à l'Empire d'occident comme à l'Empire d'orient. Mais il n'en était pas ainsi, et une nou-

1. Loi 2, C. Théod., V, 1.

velle loi était donc nécessaire pour étendre la règle à l'Empire d'occident.

La troisième constitution¹ relative aux droits successoraux de la mère est celle de Théodose II et Valentinien III, en date de l'an 426 : elle étend encore les droits de la mère, et décide que, même dans le cas où elle n'a pas le *jus liberorum*, ses droits n'en seront pas moins fixés aux deux tiers de la succession.

On voit que ces trois constitutions, que nous venons d'analyser rapidement, ne tenaient pas le même compte du *jus liberorum* que les dispositions légales de la période précédente. On reconnaissait désormais des droits à la mère, même au cas où elle n'avait pas le nombre d'enfants voulu ; et l'on comprend qu'il en fût ainsi sous l'empire d'une religion où le célibat était considéré comme un état plus saint que le mariage. Cependant les Empereurs avant Justinien n'arrivèrent pas à assimiler complètement la mère dépourvue du *jus liberorum* à celle qui jouissait de ce droit ; c'était un trop grand pas à faire pour qu'à Rome, où les traditions légales se maintenaient avec une force que nous avons signalée, on pût revenir ainsi d'un seul coup sur des principes longtemps appliqués, même alors que ces principes étaient reconnus ne plus correspondre au but que se proposait la loi ou au nouvel état des esprits. On n'attaquait les dispositions anciennes qu'avec les plus grands égards et par des décisions consécutives, qui chacune constituaient un nouveau progrès sur les précédentes. Telle est la portée et le caractère des trois constitutions dont nous venons de nous occuper ; mais l'abrogation complète des prérogatives du *jus liberorum* en cette matière ne fut réalisée que par Justinien.

1. Loi 7, C. Théod., V, 1.

Il existe pourtant au Code une constitution des Empereurs Honorius et Théodose qui porte : « *Nemo posthac a nobis jus liberorum petat : quod simul hac lege omnibus concedimus* ¹. » Il semblerait s'ensuivre que le *jus liberorum* était déjà, même avant Justinien, accordé sans distinction à toutes les mères; tout cependant porte à croire que cette constitution a été retouchée par Justinien, qui lui a fait dire autre chose que ce qu'avaient décidé Honorius et Théodose.

En résumé, les droits de la mère à la succession de son enfant ne furent modifiés par les Empereurs chrétiens que lorsqu'elle venait en concours avec des collatéraux; les anciennes règles continuaient à s'appliquer dans les cas où elle se trouvait en présence d'ascendants paternels ou de descendants. Notons cependant que des constitutions dues aux Empereurs chrétiens vinrent enlever à la mère le droit qu'elle avait de succéder aux biens laissés par sa fille au cas où elle avait elle-même des descendants. Jusque-là, en effet, les femmes ne pouvaient avoir d'héritiers siens : la mère partageait la succession avec les enfants de sa fille et excluait les autres descendants. Sous les Empereurs chrétiens les descendants de la fille excluent au contraire la mère. « *Sed et filix suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus* ² *matri defunctæ, id est, viæ suæ* ³. »

Passons aux droits des enfants sur les biens de leur mère.

Avant de nous occuper des modifications apportées au

1. Const. 1, C., *De jur. lib.*, VIII, 59.

2. Voir, au Code Théod., les Constit. 3 et 8, *De leg. her.*, V, 1, et au Code Just. une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose. Loi 4, *Ad s.-c. Tert.*, VI, 57.

3. Instit., § 3, *De s.-c. Tert.*, III, 3, et Const. 4, C., *Ad s.-c. Orphit.*, VI, 57.

sénatus-consulte Orphitien, rappelons d'abord que la mère, comme le père, pouvait faire des donations à des enfants; seulement, si plus tard l'enfant se montrait indigne de la libéralité de sa mère, celle-ci ne pouvait le punir de son ingratitude, les donations une fois parfaites étant irrévocables. Une constitution en date de l'an 349 vient accorder aux parents le droit de révoquer les donations faites à des enfants ingrats; mais tandis qu'aucune condition n'était imposée au père, l'exercice de ce droit pour la mère fut soumis à une double restriction : il fallait qu'elle ne se fût pas remariée et qu'elle fût de mœurs honnêtes ¹.

Le sénatus-consulte Orphitien n'avait accordé des droits de succession qu'aux enfants du premier degré. Une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius ² vint étendre les dispositions de ce sénatus-consulte à tous les autres descendants, sauf une restriction d'un tiers pour les descendants d'une fille de la défunte : ce tiers devait accroître la part des frères et sœurs de cette fille.

La mère et les enfants ayant ainsi des droits réciproques à la succession les uns des autres, la *querela* devait appartenir aux enfants si la mère ayant testé les avait omis ou exhérédés, ou à la mère si ses enfants l'avaient omise ou exhérédée : la constitution que nous venons de citer conférait d'ailleurs expressément aux enfants le droit d'attaquer le testament qui les avait exhérédés.

Les biens recueillis par les enfants dans la succession de leur mère constituaient le pécule adventice institué

1. Const. 7, C., *De rev. donat.*, VIII, 56, et loi 1, C. Théod., *De rev. don.*, VIII, 13.

2. Const. 9, C., *De suis et leg. lib.*, VI, 55, et C. Théod., loi 4, § 2, *De leg. her.*, V, 1.

par Constantin ¹. Le père avait l'usufruit de ces biens, et si l'enfant mourait *intestat*, c'était lui qui était appelé à les recueillir.

Une constitution d'Arcadius et Honorius fit entrer dans le pécule adventice les biens donnés à l'enfant à titre gratuit par la mère ou par les autres ascendants maternels ², et les Empereurs Théodose et Valentinien y ajoutèrent les biens donnés ou légués par l'un des époux ou des fiancés à l'autre époux ou fiancé ³.

Un autre pécule fut institué par Constantin, le pécule *quasi castrense*, organisé au profit des *palatini*, employés du palais impérial, et comprenant les biens provenant de leur traitement ou des libéralités du Prince ⁴.

Plus tard, d'autres que les *palatini* acquirent le droit de posséder un pécule *quasicastrense* : ce furent, d'une manière générale, les fonctionnaires de l'État ⁵. Mais tous les fils de famille ne pouvaient disposer de ces biens comme de ceux qui leur provenaient du pécule *castrense*, *quia non omnibus passim, sed quibusdam personis hoc privilegii loco concessum est* ⁶.

A l'égard du pécule *castrense* tous les fils de famille pouvaient tester ; s'ils mouraient *intestat* les biens étaient recueillis par le père *jure peculii*. Cet état de choses dura jusqu'à Justinien, sauf pour les *lucra nuptialia* dont la succession *ab intestat* fut organisée par les Empereurs Théodose et Valentinien ⁷, et modifiée

1. Const. 1, C., *De bon. mat.*, VI, 60.

2. Const. 2, *ibid.*

3. Const. 1, *De bon. quæ lib. in pot.*, VI, 61.

4. Const. unique, C., *De cast. omn. palat. pec.*, XII, 31.

5. Const. 4, C., *D. adv. div. jud.*, II, 7, et Const. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28.

6. Const. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28.

7. Const. 1, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

par les Empereurs Léon et Anthémius¹. C'est Justinien qui admit sans distinction, pour tous les biens laissés par les fils de famille, une dévolution *ab intestat*, et nous verrons, en parlant des réformes introduites par ce Prince, que la mère avait sa part dans ce droit de succession.

1. Const. 4, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

CHAPITRE V

CONDITION DE LA MÈRE DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

La modération progressive de la puissance paternelle, progrès que nous avons signalé déjà dans l'étude des deux époques précédentes, devait se continuer, s'accroître encore sous le règne de Justinien.

Le christianisme, devenu religion officielle et entré de plus en plus profondément dans les mœurs, faisait son œuvre civilisatrice ; l'ancien état de choses n'avait pu être aboli et transformé en un jour : les réformes s'étaient produites lentement, mais d'autant plus sûrement. Justinien compléta le revirement qui s'était opéré dans l'idée qu'on se faisait, à l'origine, de la puissance paternelle. Cette puissance ne devait plus conférer désormais un droit de propriété sur les personnes.

Tant que les pères de famille usèrent de leur droit avec modération, en apportant de la justice dans leurs plus sévères punitions, l'ancien état de choses n'avait pas apparu avec tous ses inconvénients, tous ses dangers. La puissance paternelle s'étendait alors non seulement sur les enfants mais aussi sur la femme, sur la mère, quand elle était *in manu*. Elle conférait au père et au mari les

droits les plus étendus et plaçait la femme et les enfants sous sa dépendance absolue. Mais le chef de la famille n'usait le plus souvent qu'avec modération de son pouvoir ; sa sévérité pour ses enfants était compensée par la rigidité et la probité de sa conduite : s'il châtiât les coupables, il récompensait les méritants, et envers sa femme il restait l'époux le plus tendre et le plus respectueux. Malheureusement, cette situation ne pouvait survivre à la dépravation et au relâchement des mœurs. Les pères de famille ne tardèrent pas à abuser des pouvoirs que leur donnait la loi. La misère qui régnait dans les basses classes contribua d'autre part aux abus ; mais la corruption des mœurs dans les classes supérieures en fut certainement la cause principale. Il fallait nécessairement réagir contre cet état de choses. L'intervention des lois, qui eût été inutile autrefois, était devenue nécessaire ; les abus et les dangers qu'on n'eût même pu prévoir au début s'étaient révélés : *Corruptissima republica plurimæ leges*, a dit Tacite ¹.

De là les nouvelles dispositions législatives prises par les Empereurs.

Nous avons vu que les Empereurs chrétiens avaient défendu l'exposition des enfants. Cette défense était malheureusement trop souvent enfreinte : en ce cas, la puissance paternelle sur l'enfant était confiée à ceux qui l'avaient recueilli ; on leur donnait ainsi la garantie que l'enfant qu'ils avaient recueilli et élevé ne leur serait pas repris impunément dans la suite.

Justinien prit une autre mesure ; il déclara *sui juris* l'enfant abandonné ; par cela seul que le père avait exposé son enfant, il était censé avoir renoncé à la puissance que

1. *Ann.*, III, 27.

la loi lui donnait sur cet enfant. Celui-ci, de plus, était déclaré ingénu, quelle que fût sa condition originaire ¹.

Justinien se montra ainsi plus libéral que Constantin, qui permettait à ceux qui avaient recueilli l'abandonné d'en faire à leur choix leur enfant ou leur esclave ².

Relativement à la vente des enfants, Justinien fit insérer au Code la constitution de Constantin qui défendait cette vente, sauf pour les nouveau-nés ; mais il exigea de plus qu'un tel acte ne pût être commis qu'avec l'excuse de l'extrême misère des parents : *propter nimiam paupertatem egestatemque*.

Toute personne pouvait d'ailleurs *repetere ad ingenuitatem propriam* l'enfant vendu par ses parents en remboursant à l'acquéreur son prix d'achat ou en lui fournissant un esclave en remplacement ³.

Justinien opéra une troisième réforme dans le même ordre d'idées : il prohiba la *deditio noxalis* des enfants ; ce n'était là d'ailleurs que sanctionner un état de choses qui existait dès auparavant, l'abandon noxal des enfants étant déjà, comme le constatent les Institutes, absolument tombé en désuétude ⁴.

La puissance du père sur la personne de ses enfants était donc considérablement restreinte. A mesure que la *patria potestas* du père perdait de son étendue première, l'autorité de la mère grandissait d'autant. C'était surtout après la dissolution du mariage que cette autorité se développait. Mais, même pendant le mariage, la mère n'était plus obligée de s'incliner devant la volonté du père : elle

1. Const. 3, C., *De infant. exp.*, VIII, 52, et loi 24, C., *De episc. aud.*, I, 4.

2. Const. 1 C. Th., *De exp.*, V, 7.

3. Loi 2, *De pat. qui fil. distr.*, IV, 43. — *Vide supra*, p. 101.

4. Instit., § 7, *De nox. act.*, IV, 8.

n'était plus abaissée au même rang que ses propres enfants : elle constituait leur protecteur naturel contre les abus interdits au père. Ces abus étaient frappés de sanctions pénales, mais encore fallait-il qu'ils fussent connus : il appartenait à la mère de les dénoncer, puisque la première elle en avait nécessairement connaissance.

Quant aux actes tels que l'émancipation, l'adoption, le mariage, la mère n'était pas appelée à y donner son consentement.

Pour le mariage d'abord, nous avons vu ¹ qu'une constitution d'Honorius et Théodose appelait la mère à donner son consentement au mariage de sa fille *patris auxilio destituta*. Justinien n'accorda pas à la mère, à cet égard, de droits plus étendus. On peut même signaler une restriction par lui apportée à leur exercice.

Les mots *patris auxilio destituta* auraient pu avant lui s'appliquer tant au cas de mort du père qu'au cas où il était *mente captus*. Or, une constitution de Justinien permit aux enfants, dans ce dernier cas, de se marier sans le consentement de leurs parents. La dot et la donation *ante nuptias* étaient alors réglées par le curateur du père : les magistrats supérieurs, le Préfet de la ville à Constantinople, et dans les provinces le Président de la province, exerçaient sur cette fixation un contrôle : *tam opinione personæ quam moderatione dotis* ². Si la mère n'avait pas directement le droit de consentir au mariage de ses enfants au cas de folie du père, elle avait du moins le droit d'instruire officieusement le magistrat des abus qui pouvaient être à craindre dans la

1. *Vide supra*, p. 109.

2. Const. 25, C., *De nupt.*, V, 4, et Instit. pr., *De nupt.*, I, 40.

fixation de la dot et aussi du mauvais choix possible de l'enfant. En fait, le magistrat devait rarement donner son approbation sans avoir consulté la mère.

Quoi qu'il en soit, jamais dans le droit romain la mère ne joua, pour le mariage de ses enfants, le rôle qu'elle joue aujourd'hui, et Justinien, qui améliora sur un bien grand nombre d'autres points sa condition, ne crut pas devoir modifier sa situation à cet égard.

Signalons seulement une règle introduite par Justinien et relative au divorce : si l'enfant divorçait sans le consentement de ses père et mère qui avaient constitué ou reçu la dot et la donation *ante nuptias*, il perdait tout droit sur cette donation ¹.

La mère, avons-nous dit, n'était pas non plus appelée à consentir à l'émancipation ni à l'adoption de ses enfants. Mais elle n'avait plus autant à souffrir des conséquences de ces actes : ces conséquences s'étaient en effet profondément modifiées.

Dès avant Justinien, l'empereur Anastase ² avait accordé aux enfants émancipés des droits de succession plus étendus, et c'est précisément par rapport aux droits de succession que l'émancipation produisait à l'origine les plus graves déchéances.

De même l'adoption faite par un étranger n'opère plus désormais aucun changement de famille ; elle laisse l'enfant adopté dans sa famille naturelle ³.

La mère profitait donc indirectement des modifications introduites dans la législation, et qui restreignaient les

1. Const. 12, C., *De rep.*, V, 17.

2. Instit., § 1, *De succ. cogn.*, III, 5, et loi 4, *De leg. tut.*, V, 30.

3. Instit., § 2, *De adopt.*, I, 11.

effets des actes pour lesquels son consentement n'était pas exigé.

C'est après la dissolution du mariage que les droits de la mère prenaient tout leur développement légal.

Parmi les causes de dissolution, envisageons d'abord le cas de divorce.

Justinien ne pouvait manquer de s'occuper du divorce. Il ajouta aux causes antérieurement admises de nouvelles causes énumérées dans une constitution de Théodose et Valentinien qui fut reproduite au Code¹. Des peines sévères étaient prononcées contre les époux qui divorçaient en dehors des causes prévues par la loi. Ces peines étaient surtout des peines pécuniaires : elles profitaient aux enfants², remplaçant avec avantage à leur profit les *retentiones* abolies par Justinien.

Justinien s'occupa aussi, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, de la garde des enfants : question qui, comme nous l'avons vu, avait déjà fait l'objet de diverses consti-

1. Const. 8, C., *De repud.*, V, 17; Nov. 22, cap. 5, 6 et 16. — Voir pourtant Nov. 117, cap. 14, et Nov. 132, cap. 8.

2. S'il n'y avait pas eu constitution de dot ni donation *ante nuptias* (cas non prévu par les Empereurs antérieurs à Justinien), l'époux coupable devait abandonner à l'autre le quart de sa fortune, mais sans que ce quart pût dépasser la somme de 100 livres. Cette somme devait être conservée aux enfants. (Const. 11, § 1, C., *De repud.*, V, 17; Nov. 22, cap. 18.)

Si le divorce était imputable à la femme, non seulement elle perdait sa dot, mais elle devait être enfermée dans un monastère, et sa fortune personnelle se partageait entre ses enfants et le monastère, dans la proportion de deux tiers pour les enfants et d'un tiers pour le monastère. (Nov. 115, cap. 13.)

Le mari coupable perdait la donation *ante nuptias* et devait en outre payer à sa femme une somme égale.

Une Novelle de la fin du règne de Justinien (Nov. 134, cap. 11) porte qu'en cas de divorce injuste le coupable (sans distinction entre le mari et la femme) devait être enfermé dans un monastère : sa fortune était dévolue aux enfants toujours jusqu'à concurrence des deux tiers, et au monastère pour le troisième tiers.

tutions d'Antonin le Pieux, de Marc-Aurèle, de Sévère et de Dioclétien ¹.

La Nouvelle 117, cap. 7, décide, en principe, que les enfants seront confiés à l'époux qui n'est pas coupable d'avoir, par sa conduite, amené le divorce.

Mais dans le cas où c'est le père qui a donné lieu au divorce, les enfants ne sont confiés à la mère qu'à la condition qu'elle ne se remariera pas. A cette condition, elle a le droit de garde, sans qu'une enquête soit nécessaire.

Les enfants ainsi confiés à la mère sont élevés aux frais du père. La mère innocente recouvrait pourtant le montant de sa dot et gardait la donation *ante nuptias*; elle avait donc les ressources nécessaires pour subvenir aux dépenses d'éducation des enfants : pourquoi les mettre en ce cas à la charge du père seul ? Pourquoi la loi n'admettait-elle pas que cette charge fût au moins supportée par moitié ? On pourrait répondre que c'était une peine imposée à l'époux coupable, mais nous verrons que la mère coupable n'était pas tenue de subvenir aux dépenses de l'éducation de ses enfants. La loi se montrait donc à ce point de vue plus indulgente à l'égard de la mère qu'à l'égard du père.

Si c'est la mère qui est coupable, c'est le père qui aura la garde des enfants ; mais ce sera, comme nous venons de le dire, à lui qu'il incombera de fournir les sommes nécessaires à leur entretien. Qu'arrivera-t-il cependant si le père est pauvre et la mère riche ? Serait-il juste que les enfants souffrissent de la pauvreté du père ? L'obligation de les élever n'incombe-t-elle pas à la mère aussi bien qu'au père, et peut-on admettre que les enfants d'une femme riche soient réduits à la misère ? La mère ne doit-elle pas

1. *Vide supra*, p. 58.

nécessairement subvenir aux dépenses que le père est dans l'impossibilité de faire ?

Justinien a prévu cette situation, mais au lieu de condamner la mère à verser en ce cas une certaine somme entre les mains du père, il décide que les enfants seront remis à la mère. Le motif d'une telle décision est difficile à saisir : pourquoi, en effet, accorder à la mère coupable la garde des enfants par cela seul qu'elle est riche ? Si la loi a enlevé cette garde au parent coupable, c'est qu'elle l'a considéré comme indigne d'une telle fonction, et si tel est le motif de sa disposition, la mère riche doit-elle donc être plus favorisée que la mère pauvre, et sa richesse doit-elle lui rendre la confiance de la loi que lui avait fait perdre sa faute ? Pourquoi, d'ailleurs, établir entre le père riche et la mère riche, s'ils sont également coupables, une telle différence ? Le père est tenu de remettre entre les mains de la mère les sommes nécessaires à l'entretien des enfants, et cette obligation lui est imposée même si la mère dispose de ressources suffisantes ; la mère coupable, au contraire, n'aura d'autre obligation que celle de prendre avec elle ses enfants si le père est indigent ! C'est là une mesure de pure faveur pour la mère, faveur qu'il est difficile d'expliquer autrement que par une préférence à elle arbitrairement accordée en ce qui concerne l'éducation des enfants.

Laissons de côté l'hypothèse d'un divorce et supposons le mariage dissous par la mort du mari.

Nous trouvons à cet égard de nombreuses et sages réformes introduites par Justinien relativement à la tutelle déferée à la mère.

Nous avons vu qu'une constitution des Empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius autorisait la mère, à dé-

faut de tuteur testamentaire ou légitime, à demander aux magistrats la tutelle de ses enfants. Mais une condition spéciale lui était imposée : celle de prêter serment de ne passe remarier ¹.

Ce serment ne liait d'ailleurs pas la mère, puisqu'elle pouvait passer outre, et qu'au cas où elle avait fait nommer un tuteur avant de se remarier, elle n'encourait même aucune peine, aucune déchéance. Mieux valait ne pas exiger la vaine formalité d'un serment qui souvent était violé. C'est ce que comprit Justinien, et dans une Novelle, publiée en l'an 539, il abolit la nécessité du serment. « *Quia vero multam habemus formidinem, ne facile jusjurandum per magnum Deum detur, et hoc prævaricetur, propterea credimus oportere et hanc emendare legem, quæ vult matres, dum suorum filiorum curam gesturæ sunt, jusjurandum jurare quod ad secundas nuptias non venient* ². »

Deux autres conditions furent imposées par Justinien à la mère qui voulait être tutrice de son enfant.

Elle devait d'abord promettre de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. Elle était en effet appelée comme tutrice à s'engager avec le pupille ou en ses lieu et place, et il n'était pas admissible qu'elle pût, dans ce cas, invoquer les dispositions du sénatus-consulte Velléien.

La seconde condition exigée de la mère était de constituer une hypothèque sur ses biens au profit de ses enfants ³.

La mère devait s'engager par simple promesse à rem-

1. Const. 3, C., *Quando mul. tut. off.*, V, 35. — *Vide supra*, p. 406.

2. Nov. 94, cap. 2.

3. Nov. 94, cap. 1.

plir ces obligations, et une simple promesse de ne pas se remarier suffisait également. Mais Justinien attachait à la violation de cette simple promesse de ne pas se remarier une sanction qui n'était pas attachée avant lui à la prestation du serment : la mère qui se remariait était de plein droit déchue de la tutelle : « *Mox tamen ut secundas contraxerit nuptias, repente expelli a tutela* ¹. »

Une Nouvelle postérieure à celle que nous avons indiquée, Nouvelle en date de l'an 543 ², accorde à la mère et à son défaut à l'aïeule la préférence sur les tuteurs légitimes. Dorénavant la mère n'est plus écartée que par les tuteurs testamentaires : *testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas*. Justinien faisait ainsi dépendre les droits de la mère de la volonté du père. C'était au mari d'apprécier si sa femme était capable ou non de remplir les fonctions de tutrice ; s'il la considérait comme suffisamment capable il ne nommait pas de tuteur testamentaire ; si au contraire la mère lui paraissait ou indigne ou incapable d'exercer une pareille fonction, il pouvait l'en écarter en nommant un tuteur à son enfant.

La Nouvelle 118 consacra de nouveau une partie des innovations de Justinien : elle exigeait de la mère tutrice qu'elle ne se remariât pas et qu'elle renoncât à la protection du sénatus-consulte Velléien. Mais il n'y est plus question d'hypothèque : ce qui pourrait faire supposer que l'hypothèque n'était plus exigée de la mère tutrice, tout au moins quand il s'agissait d'une mère légitime.

Il nous reste à parler d'une autre innovation de Justinien, relative, celle-là, aux droits de succession entre la mère et ses enfants.

1. Nov. 94, cap. 2.

2. Nov. 118, cap. 5.

Les droits de la mère à cet égard furent étendus, et cette extension était d'autant plus importante qu'ils s'exerçaient sur un patrimoine plus grand. En effet, parmi les biens appartenant aux fils de famille, les *bona castrensia* seuls pouvaient, avant Justinien, faire l'objet d'une succession, et seulement d'une succession testamentaire : les biens formant le pécule *quasi castrense* ne pouvaient qu'exceptionnellement être l'objet d'une disposition *post mortem* ¹. Justinien, le premier, permit d'une manière générale, à tous les fils de famille, de tester aussi par rapport à un pécule *quasi-castrense* ².

Mais, même sous la législation de Justinien, le pécule adventice ne peut être compris dans un testament ³.

L'enfant pouvait, dès avant Justinien, disposer entre vifs en faveur de sa mère, et même l'instituer héritière, pour ses *bona castrensia*; mais s'il ne l'avait pas fait, la mère n'avait aucun droit sur ces biens qui étaient recueillis *jure peculii* par le *paterfamilias*. Justinien fit de tous les biens appartenant aux fils de famille l'objet d'une dévolution *ab intestat*. C'était une innovation par rapport au *bona castrensia* et *quasi castrensia*; mais à l'égard des *bona adventicia*, ce n'était que l'extension d'une décision de Théodose et Valentinien ⁴, qui avait admis la dévolution *ab intestat*, mais seulement pour les *lucra nuptialia*. En vertu de cette décision, les *lucra nuptialia* étaient dévolus aux descendants, et, à défaut de descendants, aux ascendants : parmi ceux-ci, le père primait l'aïeul. Nous avons vu également qu'une constitution des Empereurs Léon

1. Const. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28.

2. Instit., § 6, *De milit. test.*, II, 11.

3. Instit. pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12.

4. Const. 3, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

et Anthémios ¹ accorda la préférence aux frères et sœurs sur le père.

Tels étaient les précédents et les dispositions des deux constitutions rendues avant Justinien sur cette matière. Elles ont été insérées au Code, mais ses rédacteurs ont pris le soin de les mettre au courant des progrès réalisés sous Justinien. Ce Prince généralisa la disposition exceptionnelle admise à l'égard des *lucra nuptialia* ; il ne l'appliqua d'abord qu'aux biens provenant de la mère ou des ascendants maternels ², mais plus tard il l'admit sans distinction pour tous les biens adventices ³ qui, dans sa législation, étaient plus nombreux qu'antérieurement, puisqu'ils comprenaient tous les biens que les enfants ne tenaient pas de leur père, et qui ne rentraient ni dans le pécule *castrense* ni dans le pécule *quasi castrense* ⁴. Ces biens étaient dévolus aux descendants ; à défaut de descendants venaient les frères et sœurs et la mère, qui avait droit à une part virile si elle venait en concours avec des frères, à la moitié de la succession si elle n'était en concours qu'avec des sœurs ⁵. Mais le père continuait de conserver l'usufruit des biens dont il avait eu la jouissance pendant la vie de l'enfant ⁶.

La succession dont il s'agit fut d'ailleurs soumise, postérieurement, au système de dévolution établi par la Nouvelle 118 sur laquelle nous aurons à nous expliquer. Aux termes de cette Nouvelle, les ascendants étaient appelés à la succession à défaut de descendants, et en concours avec

1. Const. 4, *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

2. Const. 11, C., *Comm. de succ.*, VI, 59.

3. Const. 6, § 1, *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

4. Const. 6 pr., *ibid.*

5. Const. 7 pr., C., *Ad s.-c. Tert.*, VI, 56.

6. Loi 7, § 1, *ibid.*, et Const. 11, C., *Comm. de succ.*, VI, 59.

les frères et sœurs : chacun de ces héritiers prenait une part virile. Si donc on suppose que le père, la mère et un frère viennent à la succession d'un enfant laissant un pécule adventice, chacun prend un tiers de la succession.

En ce cas, la mère aura-t-elle la pleine propriété des biens qui lui reviennent, ou l'usufruit de ces biens appartiendra-t-il au père ? La Novelle s'est expliquée à l'égard des parts des frères et sœurs : elle leur accorde expressément la pleine propriété des biens qui leur reviennent ; c'est justice, ajoute Justinien, à raison de la part que la loi accordait au père dans la succession : *quoniam, pro hac usus portione, hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem* ¹. La loi ne dit rien de la mère : faut-il tirer de son silence la conclusion que la mère n'avait pas la pleine propriété de la part qui lui revenait et qu'en conséquence elle ne bénéficiait en rien de la nouvelle disposition ? — Mieux vaut, croyons-nous, ne pas tirer d'une simple réticence une pareille conclusion. La disposition qui conférait au père l'usufruit des biens recueillis par les frères et sœurs était une disposition ancienne qui n'avait plus de valeur, toutes les règles relatives au droit de succession ayant été abrogées par la Novelle 118. Il suffisait donc qu'une disposition ancienne n'eût pas été reproduite dans la nouvelle loi pour qu'elle demeurât inapplicable, et il n'y a pas d'argument *a contrario* à tirer de ce que la loi a prévu le cas des frères et sœurs et n'a pas prévu le cas de la mère. Bien au contraire, le législateur a montré par là son intention de revenir sur les anciennes règles relatives à l'usufruit du père. On peut même dire que sa disposition à cet égard était inutile puisque les anciennes lois avaient été en tout cas rendues inapplicables. Que si la

1. Nov. 118, cap. 2.

loi a prévu le cas à l'égard des frères et sœurs, c'est qu'il y avait pour eux une raison spéciale de douter, raison absolument étrangère au cas de la mère. On aurait pu se demander si le père n'aurait pas l'usufruit des biens recueillis par ses enfants, sinon en vertu d'un droit de succession et comme héritier du défunt, du moins comme père de ses autres enfants. A l'égard de ceux-ci, ces biens constituaient en effet un pécule adventice dont le père aurait dû avoir l'usufruit; et cet usufruit aurait dû porter sur tous les biens par eux recueillis alors même que ces biens n'eussent été que des *bona castrensia* ou *quasi castrensia* dans le patrimoine de l'enfant décédé; le père n'avait pas eu l'usufruit de ces biens alors que celui-ci en avait la propriété, mais ils devenaient biens adventices pour ses frères recueillant sa succession, et dès lors le père devait en avoir l'usufruit. Justinien n'a pourtant pas voulu lui accorder ce droit; il a considéré qu'en appelant le père à la succession il le dédommageait pleinement de son droit d'usufruit.

Cette raison donnée par la Novelle n'est-elle pas la même quand il s'agit des biens appartenant à la mère? Le père au lieu de son usufruit a une part dans la succession; l'usufruit ferait donc, dans un cas comme dans l'autre, double emploi, et si l'on accordait au père, en outre de sa part, l'usufruit des biens compris dans celle de sa femme, on détruirait l'égalité que le législateur a voulu établir entre les droits de la mère et ceux du père.

Nous aurons à revenir sur les dispositions de cette Novelle 118, mais auparavant il nous faut examiner les autres innovations introduites par Justinien dans ses constitutions, et notamment dans les deux constitutions qui ont modifié la dévolution des successions laissées par des enfants émancipés. A l'origine, ces enfants laissaient

leurs biens à leurs héritiers *sui*, à défaut desquels ces biens étaient recueillis par l'ascendant émancipateur, s'il avait émancipé l'enfant *contracta fiducia* ou s'il n'y avait pas eu contrat de fiducie de la part de l'étranger émancipateur, *manumissor extraneus*.

Les droits de celui-ci avaient été diminués par le Préteur qui, accordant à dix cognats la *bonorum possessio unde decem personæ*, les avait fait passer avant le *manumissor extraneus*. Parmi ces dix personnes figurait la mère¹. Plus tard, comme nous le savons, le sénatus-consulte Tertullien conférant à la mère des droits sur la succession de ses enfants, le droit civil vint confirmer ce qu'avait fait le droit prétorien en conférant à la mère des droits sur les biens de son fils émancipé.

Justinien régla à nouveau la succession des enfants *sui juris*. Il décida que le contrat de fiducie serait toujours censé avoir été fait². De plus, le père émancipateur lui-même ne vient plus à la succession qu'à défaut de descendants et de frères et sœurs³. Mais dans ce dernier cas la mère a aussi, soit en concurrence avec lui, soit à son défaut, des droits sur la succession, droits plus ou moins étendus, suivant que le père est vivant ou prédécédé.

Si le père est prédécédé et la succession dévolue aux frères et sœurs, la mère a droit à une portion virile ou à une moitié de la succession, selon qu'elle partage avec des frères ou avec des sœurs⁴. Si le père est vivant, sa présence exclut la mère ; mais comme il ne peut pas

1. Instit., § 3, *De bon. posses.*, III, 9.

2. Instit., § 7, *De leg. adgnat. succes.*, III, 2.

3. Const. 2, C., *Ad s.-c. Tert.*, VI, 61. Cette constitution des empereurs Dioclétien et Maximien a dû être retouchée par les rédacteurs du Code.

4. Const. 7 pr., C., *Ad s.-c. Tert.*, VI, 56.

lui-même arriver à la succession, ce sont les frères et sœurs qui recueillent le tout en nue propriété ; quant à l'usufruit, il ne leur appartient que pour un tiers : le reste est conservé aux père et mère qui se le partagent par moitié¹, soit un tiers pour chacun d'eux.

Les droits du père sont beaucoup plus étendus dans le cas où la mère est prédécédée ; dans ce cas, il aurait droit à l'usufruit de tous les biens dont les frères et sœurs n'auraient que la nue-propriété² ; au contraire, la mère vivante, le père est réduit, comme nous venons de le voir, à un tiers en usufruit.

La constitution que nous analysons forme au Code la loi 7 au titre *de senatusconsulto Tertulliano*. Elle date de l'an 528. L'année suivante, Justinien, dans une autre constitution régla les droits du père sur les biens adventices de son enfant émancipé.

Déjà avant lui Constantin avait accordé au père, sur le pécule adventice de son enfant émancipé³, un droit de succession d'un tiers en pleine propriété. C'était donner au père une prime à raison de l'émancipation par lui consentie.

Justinien accorda au père, non plus une partie des biens en pleine propriété mais seulement l'usufruit de la moitié du pécule⁴. Il faut donc combiner cette disposition avec celle de la constitution de l'an 528 qui, étant antérieure à celle de l'an 529, doit être considérée comme abrogée en ce qu'elle a de contraire aux dispositions de de celle-ci.

1. Loi 7, § 1, *ibid.*

2. Loi 13, D., *De leg. her.*, VI, 58.

3. Loi 6, § 3, D., *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

4. Instit., *Per quas pers. nob. acquirit*, II, 9, et aussi loi 6, § 3, C., déjà citée.

Prenons un exemple. Supposons que l'enfant émancipé eût au jour de l'émancipation 20.000 sesterces ; le père devait avoir l'usufruit de 10.000. Si plus tard, à sa mort, l'enfant laissait 30.000 sesterces, il n'y aura nul inconvénient à appliquer la loi 7 de l'an 528 qui ne lui donne, en présence de la mère et des frères et sœurs, que le tiers en usufruit. Son droit à la mort de son enfant sera donc le même qu'antérieurement. Mais si l'enfant ne laissait à sa mort que 15.000 sesterces, on ne devrait pas appliquer cette loi 7 et réduire le père de 10.000 à 5.000 ; ce serait en effet contraire à la loi 6, § 3, *De bon. quae lib.* (postérieure à la loi 7 *ad s.-c. Tert.*).

Nous avons vu que la condition exigée par le sénatus-consulte Tertullien pour accorder un droit de succession à la mère était qu'elle jouît du *jus liberorum* ; les premiers Empereurs chrétiens introduisirent des modifications à cette règle¹, mais le principe lui-même ne disparut que sous Justinien².

A partir de ce Prince on reconnut à la mère ses véritables droits. Les droits de succession ont en effet leur raison d'être dans l'affection qui existe ou doit exister entre le *de cujus* et les héritiers ; or, cette affection existe certainement entre la mère et ses enfants, et c'était faire injure à la mère que d'exiger d'elle un nombre quelconque d'enfants pour lui permettre d'acquérir des droits à leur succession.

Il y avait là quelque chose d'absolument contraire aux idées nouvelles inspirées par le christianisme ; — aussi cette condition, devenue en quelque sorte odieuse, fut-elle

1. *Vide supra* p. 116 et s.

2. Const. 2, C., *De jur. lib.*, VIII, 59, et Instit., § 4, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

supprimée. Le *jus liberorum* n'était donc plus exigé pour permettre à la mère d'invoquer les dispositions du sénatus-consulte Tertullien ; il fut abrogé aussi par rapport à la patronne, ce qui faisait disparaître toute différence entre celle-ci et le patron ¹.

Une seule prérogative resta, sous Justinien, attribuée à la qualité de mère : c'était le droit accordé à la mère de demander au Prince l'autorisation d'adopter quand elle avait perdu ses enfants ². Il s'agissait en effet d'une consolation qui ne pouvait évidemment être accordée qu'à celle qui ayant eu des enfants les avait perdus. Ce n'est que plus tard que la faculté d'adopter fut reconnue même aux femmes qui n'avaient jamais été mères : la constitution qui consacre ce dernier progrès est due à l'empereur Léon le Philosophe ³.

Si le *jus liberorum* n'était plus exigé de la mère pour pouvoir succéder à ses enfants, la mère n'en continuait pas moins à être écartée de la succession par la présence d'un père, si toutefois *inter eos solos de hereditate agitur* ⁴. Une telle différence entre le père et la mère était incontestablement injuste : pourquoi accorder à l'un des droits plus étendus qu'à l'autre ? Chacun d'eux n'avait-il pas un titre égal à l'affection de ses enfants, et l'enfant ne devait-il pas autant de reconnaissance à l'un qu'à l'autre ? La mère eût dû avoir les mêmes droits que le père, de même que les enfants devaient avoir sur la succession de la mère des droits égaux à ceux qu'ils avaient sur la succession du père.

1. Const. 4, C., *De bon. lib. et jus. patr.*, VI, 4, et Instit., § 3, *De succ. libert.*, III, 7.

2. Instit., § 10, *De adopt.*, I, 11.

3. Const. XXVII.

4. Instit., § 3, *De s.-c. Tert.*, III, 3.

Quant aux droits des enfants sur les biens de leur mère, il faut distinguer entre les droits qu'ils pouvaient avoir de son vivant et ceux qui leur appartenaient sur sa succession.

Du vivant de la mère, les enfants n'avaient pas le droit de réclamer d'elle une dot, comme ils le pouvaient à l'égard du père aux termes, pour la mère, d'une constitution de Sulpice Sévère et Antonin Caracalla¹. Mais c'était là du moins une obligation naturelle, qui, par conséquent, excluait la répétition de l'indu². Justinien transforma cette obligation naturelle en obligation civile pour la mère comme pour le père si tous deux étaient hérétiques³.

Passons aux droits des enfants sur la succession de la mère.

Justinien avait apporté au sénatus-consulte Orphitien des réformes utiles; c'est ainsi qu'il avait accordé le droit de succession à tous les descendants par les femmes⁴. Pour succéder, il suffit désormais d'être libre au moment de l'ouverture de la succession, alors même que l'enfant serait né en servitude. Réciproquement, la mère libre pouvait succéder à son enfant affranchi⁵.

Tels étaient, à l'époque de la seconde édition du Code, les droits des enfants et de la mère dans leurs successions réciproques. De grands progrès avaient été réalisés à cet égard, mais il fallait encore unifier la législation et coordonner en un seul tout cette multitude de règles éparses dans le Digeste et dans le Code.

1. L. 19 D., *De ret. nupt.* XXIII. — Voir pourtant Const. 14, L. *de jure dot.*

2. L. 32, § 2, D., *De cond. indeb.*, XII, 6.

3. Const. 49, § 2, C. I, 5.

4. Loi 12 C., *De suis et leg.*, VI, 53.

5. Instit., § 10, *De grad. cogn.*, III, 6. La question de savoir si les frères et sœurs et les père et mère de l'affranchi excluaient ou non le patron est controversée, par suite de l'obscurité de la loi 4, § 11, C., VI, 4.

Justinien comprit la nécessité de cette dernière réforme, et, en l'an 543, la Nouvelle 118 établit un système de succession à la fois simple et logique. Elle fit disparaître l'inégalité maintenue jusque-là entre les petits-enfants *ex filio* et les petits-enfants *ex filia*, ainsi que la préférence absolue, accordée par la Loi des XII Tables à la parenté civile sur la parenté naturelle ; enfin, et c'est là le point qui nous intéresse, elle abrogea les règles en vertu desquelles la mère était exclue par le père, et rétablit entre l'un et l'autre une égalité absolue.

La Nouvelle appelait en première ligne les descendants ; à leur défaut, la succession était dévolue aux ascendants ; mais ceux-ci devaient partager avec les frères et sœurs auxquels la Nouvelle 127 ¹ adjoignit les descendants au premier degré des frères et sœurs. Dans le cas où ils venaient en concours avec les père et mère, chacun de ceux-ci avait droit à une part virile. A défaut de frères et sœurs la succession est partagée par moitié entre le père et la mère.

Les enfants et la mère gardaient comme auparavant le droit d'attaquer le testament qui les frustrait de leurs droits ; les causes d'exhérédation avaient été d'ailleurs limitées par Justinien ².

La Nouvelle 118 ne s'occupe pas des droits du conjoint sur la succession de l'autre ; mais cette question avait fait l'objet de la Nouvelle 53 édictée antérieurement ³. La Nouvelle 118 ne l'ayant pas prévue, les dispositions de la Nouvelle 53 restaient en vigueur.

1. Cap. 1.

2. Nov. 115. On s'est demandé si le § 3, cap. IV, s'appliquait au père et à la mère ou seulement au père. Voir sur ce point : Boissonade, *Hist. de la réserve héréditaire*, pp. 127 et s.

3. Nov. 53, cap. 6.

Aux termes de cette Novelle 53, la femme qui n'avait pas de dot ni d'autre fortune avait droit à un quart des biens laissés par son mari. C'est ce qu'on a appelé depuis la *quarte du conjoint pauvre*.

La Novelle 117, chap. 5, vint restreindre les droits de la femme pour le cas où le défunt laissait plus de trois enfants ; si ces enfants provenaient d'un précédent mariage, la femme avait droit à une part virile ; et s'il y avait en même temps des enfants du second mariage, son droit se réduisait à l'usufruit d'une part virile.

Nous avons terminé l'étude des réformes de Justinien, et en même temps l'examen de la situation de la mère légitime en droit romain.

Ajoutons qu'après Justinien, le temps continua à faire son œuvre : la situation de la mère devait aller toujours en s'améliorant, et ses droits se rapprocher de plus en plus de ceux du père, qui diminuaient à mesure que ceux de la mère augmentaient.

Au temps de Léon l'Isaurien et de son fils, la condition de la mère légitime, que nous fait connaître l'*Ecloga*, se rapprochait bien plus de celle qui lui est faite de nos jours que de celle de la mère romaine. La raison de ce changement tient à la modification profonde qui s'était opérée dans la manière d'envisager la nature de l'autorité paternelle. On ne la considérait plus comme un avantage accordé au père, mais comme une sauvegarde, un moyen de protection pour les enfants. Il s'ensuit que la mère, à laquelle était refusée une puissance qui tournait tout au bénéfice de celui à qui elle appartenait, pouvait au contraire être appelée à la partager alors qu'il s'agissait de protéger ceux sur lesquels elle s'exerçait. Aussi voyons-nous le consente-

ment de la mère exigé pour le mariage des enfants, et le droit de puissance paternelle exercé par elle après la mort du père, ainsi que celui de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants.

Les essais tentés par les empereurs Basile le Macédonien, qui abrogea l'*Ecloga*, et par Léon le Philosophe en vue de revenir au droit de Justinien restèrent infructueux : le nouvel état de choses était entré dans les mœurs comme y entrent d'elles-mêmes toutes les dispositions conformes au droit et à l'équité ; plus fortes que les lois, les mœurs consacrèrent ainsi le progrès accompli et l'acheminèrent vers un état de choses qui doit être le triomphe définitif des droits de la mère.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA CONDITION DE LA MÈRE NATURELLE A ROME

La mère naturelle n'était pas mieux traitée à Rome que la mère légitime. Cependant, dans le cas où le père de l'enfant n'était pas connu, c'est-à-dire quand il s'agissait d'enfants *vulgo concepti*, elle n'avait pas à souffrir des dispositions qu'eût pu prendre un père investi des droits exorbitants que conférait la puissance paternelle.

L'enfant naturel, par cela même que le père n'était pas connu, suivait la condition de sa mère ; il avait la même *origo* ¹, et était libre ou esclave selon qu'elle-même était libre ou esclave au moment de sa naissance ².

Un rescrit d'Adrien réalisa un premier progrès : il décida qu'il suffisait, pour que l'enfant naquît libre, que la mère eût été libre à un moment quelconque de la grossesse, lors même qu'au moment de la naissance elle était devenue ou redevenue esclave. Cette décision d'Adrien, qui ne visait que le cas d'esclavage survenu par suite d'une condam-

1. Loi 1, § 2, et loi 9, D., *Ad munic.*, L. 1.

2. Gaius, I, §§ 88 et 91.

nation capitale ¹, fut plus tard étendue à tous les autres cas de servitude ².

En dehors du cas d'enfants *vulgo concepti*, c'est-à-dire dans les trois cas de *concubinatus*, de mariage du droit des gens et de *contubernium*, le père était connu, et par conséquent la situation de la mère pouvait se trouver indirectement amoindrie par suite des dispositions que pouvait prendre le père à l'égard de l'enfant. Mais en dehors de cette conséquence indirecte de l'existence d'un père connu, les droits de la mère étaient les mêmes qu'au cas d'enfants *vulgo concepti* ou *spurii*.

La mère naturelle, pas plus que la mère légitime, ne pouvait d'ailleurs exercer la puissance paternelle. Mais ce n'était plus à raison des droits du père, c'était parce que la *patria potestas* constituait une puissance que ne pouvaient exercer les femmes.

La mère naturelle comme la mère légitime n'en avait pas moins droit au respect de ses enfants. C'est ainsi qu'il fallait à ceux-ci l'autorisation du magistrat pour pouvoir appeler la mère naturelle en justice : *Una est enim omnibus parentibus servanda reverentia* ³.

Justinien, le premier, s'occupa de la tutelle des enfants naturels, mais seulement à l'égard des enfants issus *ex concubinatu*. Il accorda cette tutelle à la mère survivante, à défaut de tuteur testamentaire, mais sous la triple condition de prêter serment de ne pas se remarier, de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien, et de constituer au profit du pupille une hypothèque sur leurs propres biens ⁴.

1. Loi 18, D., *De stat. hom.*, I, 5.

2. Paul, *Sent.*, II, 24, § 3, et loi 5, § 3, D., *De stat. hom.*, I, 5.

3. Loi 6 et loi 4, § 3, D., *De in jus voc.*, II, 4.

4. Const. 3, C., *Quando. mul. tut.*, V, 35.

Ces deux dernières conditions ne furent imposées à la mère légitime¹ que postérieurement par la Nouvelle 94, en l'an 539, nouvelle qui supprima en même temps pour la mère légitime comme pour la mère naturelle l'obligation de prêter serment. La mère naturelle put profiter ainsi d'un droit plus précieux pour elle que pour la mère légitime, puisqu'il ne pouvait être question pour l'enfant naturel de tutelle légitime.

Quant aux droits de la mère naturelle sur les biens de ses enfants, à l'origine elle n'en avait aucun. Plus tard, une obligation alimentaire réciproque fut admise entre elle et ses enfants naturels². De même quant au droit de succession, la mère et les enfants naturels n'acquirent à l'égard les uns des autres un droit de succession réciproque que lorsque le Préteur eut créé la *bonorum possessio unde cognati*³.

Le sénatus-consulte Tertullien s'appliquait à la mère naturelle comme à la mère légitime⁴, et il ne lui imposait pas, comme à celle-ci, l'obligation de faire nommer un tuteur à ses enfants, sous peine de perdre les bénéfices qu'il lui conférait. Cette obligation ne fut imposée à la mère naturelle que trois siècles plus tard, par Zénon⁵.

Quant aux droits de succession des enfants naturels ils furent réglés par le sénatus-consulte Orphitien, qui s'appliquait aux enfants légitimes comme aux enfants naturels. Justinien décida pourtant que l'enfant naturel d'une femme *illustris* ne pouvait rien recueillir d'elle ni par tes-

1. Cf. *suprà*, p. 125.

2. Loi 5, § 4 (Ulp.), D., *De agn. et alend. lib.*, XXV, 2.

3. Instit., § 4, *De succes. cogn.* III, 5, et Loi 2 (Gaius), D., *Unde cogn.*, XXXVIII, 8.

4. Instit., § 7, *De s.-c. Tertul.*, III, 3.

5. Const. 11, C., *Qui pet. tut.*, V, 31.

tament ni *ab intestat*, si elle avait d'autre part des enfants issus *ex justis nuptiis* ¹.

Il nous reste, pour terminer, à nous demander si la naissance d'un enfant naturel relevait la mère des peines de l'*orbitas*. Nous avons, comme on l'a vu, admis l'assimilation des femmes aux hommes par rapport aux conditions auxquelles cette déchéance pouvait disparaître par suite de la naissance d'enfants légitimes : il est certain dès lors qu'un *vulgo quæsitus* n'eût pu en relever la mère.

Que si, au contraire, on admettait que la femme, pour échapper aux peines de l'*orbitas*, devait jouir du *jus liberorum*, la question deviendrait plus délicate : il est incontestable, en effet, que la naissance des enfants naturels procurait certains avantages à la mère ². Mais nous ne pensons pas qu'ils eussent pu (en admettant la nécessité du *jus liberorum*) la relever de la déchéance que lui faisait encourir l'*orbitas*.

Les lois Caducaires avaient pour but, on le sait, de multiplier les mariages et non de favoriser les unions irrégulières : or, c'est à ce résultat qu'on serait nécessairement arrivé si on avait attaché à la naissance d'enfants naturels la même prime qu'à celle d'enfants légitimes.

Reste une dernière question, celle de savoir si la mère jouissait comme le père du droit de légitimer ses enfants naturels. Une simple observation suffira pour la résoudre. La légitimation n'a d'autre but et d'autre effet que de faire acquérir la puissance paternelle ; or cette puissance ne pouvait appartenir à la mère, et il ne peut, par conséquent, pour celle-ci, être question d'un pareil droit.

1. Const. 5, C., *De s.-c. Orph.*, VI, 57.

2. Ulp., *Reg.*, III, § 1.

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Si l'on veut se rendre compte de l'idée que s'est faite de la nature humaine un peuple civilisé, on peut trouver une pierre de touche incomparable dans le rôle que ce peuple a assigné à la mère de famille. Mais ce rôle dépend avant tout de la situation qui a été faite à la femme.

La maternité est en effet par-dessus tout la fonction naturelle et sociale de la femme : c'est pourquoi l'on ne peut séparer la femme de la mère, et c'est pourquoi aussi, avant d'entreprendre l'étude de la condition de la mère, nous devons envisager, tout au moins d'une manière générale, la condition de la femme dans les civilisations qui se sont succédé, en nous laissant des monuments certains et un corps de lois établissant les règles sur lesquelles repose le droit de famille.

De quelle manière l'antiquité avait-elle compris et réglementé le rôle de la femme ? Quels progrès le cours des siècles et l'influence de la religion ont-ils apportés à cet égard ? Comment s'est-on rapproché peu à peu du but à atteindre, qui n'est autre que de mettre la femme à

même, non d'empiéter sur les attributions de l'homme, mais de se montrer son égale en remplissant, à côté de lui, la mission qui lui appartient en propre? Cette mission n'est pas seulement, Dieu merci, celle de servir à perpétuer l'espèce, mais avant tout celle d'élever, — le mot parle de lui-même, — ceux qui doivent être plus tard des hommes, et ceux-ci ne peuvent trouver les premiers éléments de la grandeur morale à laquelle tout homme doit aspirer que dans l'éducation donnée par une femme, dégagée elle-même de tout lien de sujétion, et placée par la société à la hauteur de la fonction que lui assigne sa nature et que ses sentiments innés lui rendent doublement précieuse.

Qu'on nous pardonne donc d'élargir quelque peu notre sujet dans cette introduction ; ce n'est qu'en nous demandant quelle a été, quelle est, quelle doit être la situation de la femme que nous pouvons nous préparer à étudier quelle a été, quelle est, quelle doit être la situation de la mère.

La force est la loi de l'animal, et plus l'homme reste soumis à cette loi, moins il s'éloigne de la brute ; plus au contraire il s'en affranchit, plus il s'élève dans l'échelle intellectuelle.

L'émancipation et l'ascendant raisonnable de la femme ne sont pas seulement un fait : c'est l'affirmation d'un principe, et ce principe c'est l'abandon de la force brutale et la substitution de lois plus hautes à cette première loi des peuples barbares.

Il serait difficile, en dehors du christianisme, de rien trouver qui se rapproche de la position qu'occupait la femme aux temps héroïques de l'antiquité païenne. Si nous comparons les peintures que nous présentent les livres de l'Ancien Testament à celle que nous fait

Homère du rôle de la femme grecque au ^{xii}^e siècle avant notre ère, il faut reconnaître la supériorité du rôle de la femme grecque sur celui de la femme juive.

La dure façon dont la femme était traitée, abstraction faite de son rôle de mère, dans l'antiquité juive est affirmée par le Christ lui-même. « C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes, mais il n'en était pas ainsi au commencement. »

Grâce aux travaux que notre siècle a vus éclore, il n'est pas douteux aujourd'hui que, dans un passé très ancien, dont les institutions, sur bien des points en contradiction avec les nôtres, sont pourtant si intéressantes à étudier au point de vue social et philosophique, la femme se vit attribuer, à titre de mère, des droits civils qui depuis les temps historiques n'appartiennent plus qu'à l'homme ¹.

Une fois arrivés à la période historique, les anciens peuples perdirent peu à peu la véritable notion de la famille, du rôle de la femme et de la condition de la mère.

Les Grecs des temps héroïques avaient certainement conçu cette notion, mais elle s'effaça peu à peu, tandis que dans la religion juive la tradition se conservait pour la mère seule.

Quoi qu'il en soit, de tous temps on a considéré que le rôle de la femme commençait avec la maternité; elle constituait dès lors l'élément éducateur dans la famille, et la famille elle-même ne saurait se concevoir sans la mère.

Comme nous venons de le dire, c'est le judaïsme qui a pleinement montré quelle est la grandeur de ce rôle et sa puissance, alors surtout que, comme dans les institutions

1. Voir sur ce point les recherches de Bachefus dans le livre de M. Giraud-Teulon : *La Mère dans l'antiquité*.

hébraïques, la famille se développe dans l'isolement le plus complet. Né dans la période de la vie nomade, il a transporté dans l'antique Judée le solide faisceau de la famille, sans jamais la sacrifier, pas plus à la royauté qu'au pontificat ¹, et lorsque l'État juif se trouva détruit, l'émigration des familles dans le monde entier n'en changea pas le caractère. Dispersées parmi tant de nations par la dure loi de l'histoire, elles ont pu, à travers les siècles, se conserver intactes jusqu'aux temps modernes.

Ce fut certainement un bonheur pour l'humanité que le christianisme en répandant ses doctrines par le monde ait pu y faire éclore et y disséminer les germes de la vie de famille hors des bornes étroites de la tribu judaïque.

La Grèce, en dépit de sa culture intellectuelle, au temps même de l'efflorescence suprême de sa civilisation, n'eût pas été en état de trouver et de répandre sur le monde les éléments d'un progrès continu en ce sens, avec les gages des bienfaits qui devaient en résulter pour l'humanité.

Si la Grèce n'avait pas deviné le rôle de la mère dans la famille, il est certain au contraire que la civilisation romaine avait déjà fait dans la voie qui devait être celle de l'avenir un pas en avant. Ce que n'avaient compris ni l'Orient ni la Grèce, Rome l'a compris et la première l'a mis en lumière : elle a fait voir au monde toute la grandeur de la femme chaste, toute la puissance de la mère honorable et honorée.

Mais la matrone romaine elle-même était juridiquement en état de minorité : elle n'arriva jamais à un degré de liberté civile et morale conforme à sa nature et à sa fonction sociale.

1. Conférence de M. Wischow à Berlin, en 1866, *Revue littéraire*, 1886, 45, n° 136.

L'esprit de Rome et ses institutions visaient de préférence les développements extérieurs de l'État. La famille n'avait de valeur que par les services qu'elle pouvait rendre à la cité, à l'État, et le jour où elle eut un but à elle propre, le jour où l'éducation devint individuelle, où la famille vécut plus en elle-même, le jour où la mère éleva ses enfants dans le culte des vertus domestiques, ce jour-là commença la décadence de l'État romain. Ce jour-là le christianisme, en complétant l'organisation de la famille, en la groupant tout entière autour de la mère, en restituant à celle-ci le rôle important qu'elle devait y remplir, en faisant enfin de la famille chrétienne une sorte d'unité indépendante de l'État romain, agit dans cet État comme un nouvel élément de désorganisation, qui porta le dernier coup aux institutions factices de l'ancien monde.

La base de tous les progrès des civilisations modernes dans l'ordre moral est, au contraire des civilisations antiques, la famille, et la famille n'est rien sans l'épouse, sans la mère. Que le père en soit le chef, la mère n'en sera pas moins toujours et nécessairement le centre ; elle sera le véritable représentant de la *maison* ; c'est auprès d'elle que le père, lorsqu'il a donné les soins nécessaires à ses affaires et à ses fonctions, revient pour retrouver *chez lui* la famille. La présence de la mère donne seule toute sa plénitude et toute sa puissance au sentiment du foyer, du *home*, sentiment si développé chez les peuples modernes. C'est aussi pour cette raison qu'elle doit être l'unique femme du père, qu'elle doit être libre et non esclave, qu'elle doit avoir une large part dans l'éducation générale suivant les exigences particulières de sa nature féminine. « Il faut, disait Fénelon, que la femme soit instruite conformément aux obligations de sa vie.

C'est elle qui doit surveiller l'éducation des enfants pour les fils jusqu'à un certain âge, pour les filles jusqu'à leur mariage.

L'éducation des futures mères a été de tout temps incomplète : les idées qui régnaient dans les sociétés antiques ne permettaient pas de faire à la femme une situation véritablement digne d'elle.

Le christianisme, en l'accueillant dans la communauté, lui assigna tout d'abord, en dehors de la famille, les occupations d'une charité active, le soin des pauvres et des malades, ce qui, sous forme d'assistance, constituait déjà pour elle une sorte de pieux ministère. Mais il ne la voua pas encore à son véritable rôle d'éducatrice. Ce ne fut que très tard, lorsque l'Église eut adopté ses formes hiérarchiques, que les écoles et les couvents attirèrent la jeunesse féminine, et qu'il se forma des congrégations de femmes se consacrant à l'instruction. Cette instruction, surtout religieuse et dogmatique, était malheureusement encore bien peu de chose par rapport au rôle de la mère de famille dans la société. Elle n'avait point pour but le développement intellectuel et l'éducation de futures mères. Elle ne servait ni la famille ni l'État, mais uniquement l'Église.

Ce n'est que depuis le ^x^e siècle que des associations de femmes, dont un certain nombre d'origine hérétique, se formèrent, d'abord dans les Pays-Bas, pour prendre en mains l'éducation pratique de la femme. Les Béguines, en particulier, exercèrent une véritable influence : leur action privée et indépendante trouva en Allemagne de puissantes sympathies, mais elles s'attirèrent bientôt la colère de l'Église et succombèrent sous les anathèmes de Rome.

Nous ne saurions, sans étendre hors de mesure la partie historique de notre étude, rechercher la situation de la mère de famille au moyen âge, à l'époque de la Renaissance, et dans les temps modernes, jusqu'à la Révolution. Qu'il nous suffise de rappeler qu'à quelques brillantes exceptions près, l'éducation de la femme était généralement assez négligée et ses droits souvent méconnus. Si au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècle nous trouvons certains privilèges communs à l'un et à l'autre sexe, tels que le droit de demander et d'obtenir contre ses enfants ou même son conjoint des lettres de cachet ¹, c'étaient là des prérogatives attachées au rang qu'occupaient les femmes dans la société plutôt qu'un droit reconnu à leur sexe.

Il a fallu la Révolution française pour développer en faveur de la femme, et surtout de la mère, les progrès dont le germe était dans le christianisme, et aujourd'hui on en est arrivé à une conception plus haute et par cela même plus équitable de ses droits, de ses devoirs, et surtout de son rôle dans la société.

La nature a donné à la femme et à l'homme la même âme : c'est ce qu'on a trop longtemps oublié. Il n'existe pas une seule faculté du cerveau masculin qu'on ne retrouve dans le cerveau féminin. Toutes sont également réparties à la femme aussi bien qu'à l'homme. Ces deux êtres, nécessairement unis, indispensables l'un à l'autre, étaient appelés, en effet, à remplir des fonctions différentes dans la société humaine. L'homme, avec sa nature robuste, est fait pour vivre au dehors. La femme est faite

1. Mirabeau raconte que dans ses prisons il a trouvé trois maris dont les femmes avaient obtenu des lettres de cachet « de ces valets décorés » (c'est ainsi qu'il appelait les hauts fonctionnaires).

Laboulaye, *Cours de législation comparée au Collège de France*, en 1866.

pour la vie intérieure : sa place est au foyer domestique, place en réalité bien plus honorable que celle de la vie en dehors. Sa grandeur et sa dignité sont dans le libre gouvernement du ménage ¹.

Cette égalité a été pendant bien longtemps méconnue, mais aujourd'hui la cause est gagnée. Longtemps on avait regardé la culture de l'intelligence de la femme comme un véritable délit contre la nature, et chez les Grecs eux-mêmes, — si lettrés, si avides de culture intellectuelle, — la femme légitime n'apprenait pas à lire et à écrire.

D'ailleurs, la femme, quoi qu'en dise Montaigne, n'appartient pas seulement à son intérieur, elle appartient aussi à la société, elle en fait partie, elle y joue un rôle important en sa qualité de mère, elle n'a pas le droit de se désintéresser de ce qu'y s'y passe, et voulût-elle s'en désintéresser pour elle-même, elle n'en aurait pas le droit pour son mari et pour ses enfants. M^{me} de Staël a dit : « Dans le pays où l'on guillotine les femmes en temps de révolution, elles ont bien le droit de savoir pourquoi. » On peut ajouter aujourd'hui : dans un temps où l'on prend les enfants aux mères pour les envoyer se faire tuer, elles ont bien le droit de savoir pourquoi. Non seulement il faut leur reconnaître ce droit, mais encore leur en faire

1. « La plus utile et honorable science et occupation à une mère de famille, dit Montaigne, c'est la science du ménage. J'en vois quelqu'une avare; de mesnagères fort peu. C'est sa maîtresse qualité, et qu'on doit chercher avant tout autre; comme le seul doüaire qui sert à ruiner ou à favoriser nos maisons. Qu'on ne m'en parle pas, selon que l'expérience m'en a appris, je requiers d'une femme mariée, au-dessus de tout autre vertu, la vertu œconomique. Je l'en mets au propre, luy laissant par mon absence tout le gouvernement en main. Je vois avec despit en plusieurs mesnages, monsieur revenir maussade et tout marmiteux du tracas des affaires, environ le midy, que madame est encore à se coiffer et attifer en son cabinet. C'est à faire aux roynes, encore ne scay-je. Il est ridicule et injuste que l'oisiveté de nos femmes soit entretenue de nostre sueur et travail. »

un devoir. « C'est la femme américaine qui a créé l'Amérique, » a dit de Tocqueville ¹.

Quel rôle voudrions-nous réserver à la mère dans la société moderne? — Nous voudrions que son influence fût légitime et qu'elle fût ouvertement reconnue ².

Il ne faut pas oublier qu'elle est la première institutrice des enfants, et quand son fils lui demande ce que signifient les mots de patrie et de liberté, il ne faut pas qu'elle mette le doigt sur sa bouche et qu'elle réponde comme Macbeth : « C'est là une chose dont il n'est pas bon de parler. »

La femme comme l'homme fait partie d'une société civile ou politique, en un mot d'un État ; elle est donc citoyenne aussi : si le mot a été rendu ridicule par l'abus qu'on en a fait, la chose ne l'est pas et restera toujours vraie.

Qu'elle laisse à l'homme l'action extérieure et publique, fort bien ; mais cette inaction ne saurait être de l'indifférence. La femme, en effet, n'est pas moins que l'homme intéressée à la confection des lois, au gouvernement des

1. On a beau vouloir éloigner la femme de la politique comme d'une science au-dessus de sa portée, la femme a de tous temps exercé une grande influence. Bien avant le « cherchez la femme » des policiers de nos jours, un homme d'État anglais a dit : « Dans toutes les affaires d'État, il y a une femme, vous ne la trouverez peut-être pas du premier coup, mais cherchez bien, vous finirez par la découvrir. »

Quand Napoléon envoya l'abbé de Pradt, archevêque de Malines, en ambassade à Varsovie, il mit de sa propre main, au-dessous de sa lettre au nouvel ambassadeur : « Surtout soignez les femmes. »

2. Dans une conférence à Notre-Dame en 1867, le père Hyacinthe exprimait la même pensée à propos de la femme française. « Je ne voudrais pas exiler les dames françaises des salons ; bien loin de là, je voudrais restaurer les salons qui ne sont plus et multiplier ceux qui subsistent, ces salons où s'est perpétuée, non seulement la tradition de l'esprit et de la grâce, mais la tradition plus précieuse des idées justes, des mœurs élevées, des sentiments honnêtes et distingués. Je sais que dans ces salons, qui sont toujours l'honneur particulier de notre pays, c'est la Française qui a tenu ce sceptre bienfaisant. C'est elle qui, laissant à d'autres le soin de faire les lois et d'écrire les livres, a mieux aimé inspirer les idées, faire les mœurs et gouverner par elles. »

affaires publiques, à l'administration de la justice ; nous pensons toutefois qu'il ne leur convient pas d'y participer directement et qu'elles y ont leurs représentants et leurs mandataires naturels dans la personne de leurs pères, leurs frères, leurs maris et leurs fils.

Ces fonctions publiques du citoyen actif, qui consistent à élire des représentants, à discuter des lois, à gouverner l'État, à administrer la justice, doivent revenir exclusivement aux hommes : tout autre est le rôle de la femme, tout autre est la vie qui lui convient : son rôle est un rôle d'influence ; il ne s'étend que dans les limites du foyer et du cercle des relations privées ; c'est là et non sur l'*agora* qu'est la véritable place de la femme. Mais dans ce cercle même nous pensons que la femme prend encore en réalité une large part à la vie politique de l'État, et que sa vie publique commence du jour où elle devient épouse et mère. La femme a un rôle à remplir dans la société, et ce rôle n'est pas moins beau que celui de l'homme.

Le rôle de la femme au foyer domestique consiste surtout dans l'accomplissement de ses devoirs quotidiens d'épouse et de mère. Eh bien ! nous ne pensons point qu'elle puisse le remplir dans toute son étendue si elle reste absolument en dehors des choses politiques.

Il faut, à l'égard de ces choses, comme de tout le reste, qu'elle pense avec son mari, qu'elle soit son soutien, son guide peut-être, qu'en tout cas elle l'encourage dans la bonne voie ; enfin, suivant un précepte qui est devenu presque commun à force d'être une vérité, qu'elle élève ses enfants de manière à en faire des citoyens, qu'elle s'applique à leur inculquer les vertus civiques et à les détourner des faiblesses qui peuvent paralyser ces vertus.

Comment ferait-elle tout cela, si elle ne s'intéressait

aux choses publiques, si elle n'offrait elle-même à son mari et à ses enfants, dans la mesure qui convient à son sexe, le modèle vivant des vertus qu'exige la société politique pour réaliser l'idéal de la démocratie?

La prétendue incapacité de la femme tient à un défaut d'éducation plutôt qu'à sa nature, et là où l'éducation a été mieux dirigée, ce défaut a disparu : il importe qu'il disparaisse entièrement, car l'enfant se ressentira toujours de l'éducation que sa mère a reçue. Madame de Campan disait à Napoléon I^{er} à propos de l'éducation des femmes : « Faire des mères, voilà le but, et non des femmes qui n'ont de leur sexe que l'habit. »

Loin de nous l'idée de réclamer pour les femmes l'éducation civique nécessaire aux hommes. Mais notre pensée intime est qu'on ne doit point chercher à étouffer en elles les sentiments de patriotisme et d'amour de la liberté que la nature y a déposés. Avons-nous besoin d'ajouter que le patriotisme qui sied à la femme n'est point cet amour farouche et artificiel qui irait jusqu'à éteindre chez elle les sentiments les plus légitimes, ce n'est pas celui de cette femme de Sparte dont parle Rousseau dans l'*Emile*, qui, oubliant ses fils morts sur le champ de bataille, courait au temple pour remercier les dieux de la victoire. Non, cette femme-là pouvait être la citoyenne de Sparte, c'est-à-dire d'un État artificiellement organisé, en vue de l'oppression et de la guerre, elle ne saurait être la citoyenne des démocraties modernes : celle-ci pourra bien rendre grâce à Dieu de la victoire de son pays, mais elle ne rougira pas de pleurer les enfants qu'elle lui aura sacrifiés.

Si les droits politiques ne doivent pas être accordés aux femmes, a dit à son cours notre savant professeur M. Jala-
bert, ce n'est nullement qu'on les suppose incapables de

les exercer, c'est qu'il existe entre leur constitution physique, leur rôle dans la société, et l'exercice de ces droits, une incompatibilité qui n'est point une création artificielle de notre état social ; la femme ne saurait, sans préjudice grave pour toutes nos institutions, cumuler les fonctions extérieures de la politique avec ses fonctions normales d'épouse et de mère.

« Attribuer un rôle politique à la femme serait dangereux au point de vue de l'union domestique, au point de vue aussi de la dignité de la mère de famille. La vie politique, en effet, implique des compétitions, des réunions publiques, des agitations auxquelles la femme ne pourrait prendre part sans compromettre le prestige et le respect dont doit être entourée l'épouse, la mère ou la sœur. Ce qui subsistera toujours en dépit de toutes les utopies, c'est l'influence salutaire de la femme sur les actes du mari et sur l'éducation des enfants. Aucune tâche n'est au-dessus de celle-là. »

Mais ce n'est pas assez de considérer la famille et le mariage au point de vue de la morale sociale, il faut encore les envisager comme des institutions civiles placées sous la sauvegarde des lois.

La société y est directement intéressée, parce qu'il faut que les lois soient autant que possible l'expression des règles que nous trace notre conscience pour l'exercice de nos droits et nos devoirs. Les lois de la société doivent, en effet, autant que possible, se rapprocher du type idéal que nous devons poursuivre en nous-mêmes. La société d'ailleurs doit empêcher la dégradation de la personne humaine. Or, la femme, même lorsqu'elle est mère, est condamnée à une véritable servitude, si le mariage ou la famille ne sont pas placés sous la protection des lois. La dégradation de la femme entraînerait celle de l'homme, et leur dégradation

commune serait la dissolution de la société elle-même : les enfants seraient laissés sans guide, sans soutien, sans exemple. Il faut donc que le législateur protège les engagements pris, il faut qu'il veille sur la foi jurée, il faut qu'à deux êtres qui s'unissent l'un à l'autre par un lien légitime la loi puisse offrir un abri contre l'égoïsme et contre l'ingratitude. C'est surtout à la mère que cette protection est due, car le père est toujours en mesure de s'en passer.

On a osé pourtant représenter aux femmes l'abolition du mariage comme la condition de leur émancipation. C'est retourner à l'état de barbarie, aux civilisations artificielles de l'histoire ancienne ! C'est faire renaître tous les outrages que la mère, méconnue dans ses droits les plus chers, avait à souffrir ; c'est avilir la femme dans la société et la mère aux yeux de ses propres enfants !

Il faut bien l'avouer, les aspirations contemporaines en faveur de l'égalité politique de la femme ne sont qu'une réaction contre les abus du pouvoir marital, pouvoir auquel on ne saurait trouver de remède sérieux que dans l'amélioration des mœurs ; il faudrait surtout que le choix des époux fût dicté par des considérations d'un ordre plus élevé que celles qui le guident trop souvent.

En un mot, ce sont les idées reçues, plus encore que les institutions, qu'il faudrait modifier.

Mais quelque légitime que puisse paraître cette réaction contre les abus de la puissance maritale, nous ne pensons pas qu'on doive y attacher plus d'importance que n'en peut avoir un mouvement de ce genre ; il faut aller au fond des choses et n'accorder de valeur qu'aux considérations sérieuses.

Nous l'avons dit, il ne saurait être question ici d'une prétendue infériorité intellectuelle de la femme, les progrès de la civilisation ont fait disparaître son ancien assujettissement ; mais il y a un autre fondement à la suprématie maritale. Le mariage constitue une association dans laquelle il existe entre les époux des intérêts communs : les enfants sont la représentation palpable de cette communauté d'intérêts, et, comme dans toute association, il faut bien que l'un des associés ait, en cas de dissentiment, la suprématie. L'homme a d'ailleurs vis-à-vis de la femme, physiquement plus faible que lui, un devoir de protection qui ne peut se concevoir sans l'autorité indispensable à son exercice. Il va sans dire toutefois que le pouvoir marital, comme tout pouvoir au sein de la famille, ne doit s'exercer qu'en vue de l'accomplissement des devoirs, et que les abus qui peuvent se produire dans l'exercice de ce pouvoir ne peuvent être un motif pour en discuter le principe et la légitimité.

Ici plus que partout ailleurs il faut une règle immuable pour le partage des attributions et des influences.

On sait que Stuart Mill avait trouvé une solution originale à ce problème : il aurait voulu que l'autorité dans le ménage appartînt tantôt au père, tantôt à la mère ; il proposait d'établir entre eux une sorte de balance que le contrat de mariage aurait réglée par avance.

Est-il besoin de dire que ce serait là la négation du devoir de protection du père envers la mère et envers les enfants ? Pour qu'un tel système pût être applicable, il faudrait supposer des êtres absolument parfaits, et malheureusement il n'est que trop vrai que la perfection n'est pas de ce monde. Dans la famille la mieux organisée, même sous le régime de nos lois, il existera toujours quelques diver-

gences de vues, et trop souvent tout d'abord en matière religieuse. Avec le système qui nous régit, un accord sera toujours possible : il faudra bien nécessairement qu'il finisse par se faire, qu'il y ait de part et d'autre des concessions réciproques. Avec la théorie de Stuart Mill, qu'arriverait-il? Prenons par exemple l'éducation des enfants; s'il n'y a pas identité de vues entre le père et la mère, chacun, pendant la période d'exercice de son pouvoir, aurait le droit d'appliquer intégralement son système. Que deviendra dès lors, dans l'esprit des enfants, le culte du foyer? Que restera-t-il du respect dû par eux à leurs parents? N'auront-ils pas aussi le droit de montrer des préférences, et même celui de critiquer les divers systèmes d'éducation qu'on leur appliquera tour à tour? — Il est évident que la réalisation du rêve de John Stuart Mill est impossible dans les sociétés modernes. Le mieux est encore de conserver nos institutions, sauf à les améliorer progressivement dans le sens de la justice et de l'équité; mais, nous ne saurions trop le répéter, ce sont nos mœurs bien plus que nos lois qui ont besoin d'amélioration.

C'est en prenant ces idées pour base que nous nous proposons d'étudier la condition de la mère dans nos lois.

Nous n'avons point l'intention de comprendre dans cette étude la question de la preuve de la maternité naturelle ou légitime, notre sujet ne le comporte pas. L'étude de la condition faite à la mère par notre droit civil suppose nécessairement la filiation prouvée. C'est donc seulement de la mère en possession de son état, de ses devoirs, de ses droits, de ses responsabilités, des progrès accomplis par le Code civil en ce qui la concerne, et de ceux qu'on peut espérer encore de la sollicitude du législateur, que nous aurons à nous occuper.

Dans toutes les matières qui concernent les enfants comme dans toutes celles qui concernent les intérêts matériels de l'association conjugale, notre Code civil donne toujours la suprématie au mari. Nous avons déjà expliqué la raison qui justifie cette supériorité plus apparente que réelle.

Elle est loin d'ailleurs de constituer un avantage juridique. Si elle peut être considérée comme un droit, ce droit, nous l'avons dit, n'est que le corrélatif du devoir de protection dont le mari est tenu envers sa femme, le père envers ses enfants. Il importe aussi, dans l'intérêt de tous, que l'un des deux puisse imposer à l'autre sa volonté en cas de désaccord, et cette prérogative emporte avec elle des obligations que le père, en bonne justice, doit seul supporter par cela même qu'il est le plus fort. C'est à celui qui a la puissance qu'incombent toutes les responsabilités du pouvoir, et c'est encore là la meilleure manière de tenir la balance à peu près égale entre les deux associés.

La subordination juridique de la femme tirant son origine de son infériorité physique et de son besoin de protection, cette situation ne change point quand la femme devient mère. Elle n'a que plus besoin alors d'être protégée : c'est là un fait incontestable sur lequel il n'y a plus à revenir et qui doit rester la base de notre législation familiale, puisque la puissance maritale comme la puissance paternelle doit avoir pour but l'intérêt de ceux qui s'y trouvent soumis.

C'est sur ce principe que reposent les dispositions légales que nous nous proposons d'étudier dans leur raison d'être et dans leurs applications diverses. Nous aurons souvent, au cours de ce travail, à nous demander

si les lois en vigueur en France remplissent bien le but que s'est proposé le législateur, et à rechercher aussi les modifications qui pourraient être apportées à ces lois pour les rendre plus conformes à l'idéal que nous nous traçons.

Nous aurons à nous occuper d'abord de la mère légitime, puis de la mère naturelle. En ce qui concerne la mère légitime, l'étude de ses droits et de ses devoirs devra être examinée à deux points de vue différents.

Nous l'étudierons d'abord pendant le mariage, alors que la puissance paternelle réside entièrement entre les mains du mari. Les droits et les devoirs de la femme, mariée et mère à la fois, ne sont en effet que les conséquences juridiques de la maternité légitime.

Ces conséquences juridiques peuvent elles-mêmes s'étudier à deux points de vue : d'abord dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où le mariage subsiste dans des conditions normales, lorsque ces conditions ne se trouvent modifiées ni par l'absence, ni par la séparation de corps, ni par l'interdiction légale ou judiciaire du mari.

Les droits et les devoirs de la maternité légitime doivent ensuite être étudiés dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans le cas où les conditions du mariage se trouvent exceptionnellement modifiées du vivant des deux époux par l'incapacité physique, morale, légale ou judiciaire du mari.

Dans la première hypothèse, qui est heureusement de beaucoup la plus générale, la mère légitime a une double obligation à remplir : celle de l'éducation de ses enfants, et celle de leur entretien matériel, c'est-à-dire l'obligation alimentaire. Elle partage ces obligations avec le père dans

des proportions qui varient suivant les circonstances et que nous aurons à préciser.

A côté de ces obligations, la mère légitime peut revendiquer des droits. Elle est, en effet, dans une certaine mesure associée à la puissance paternelle.

Indépendamment des droits et des devoirs de la mère légitime pendant le mariage, lorsque le mariage subsiste dans les conditions normales de la vie, nous aurons encore à nous expliquer, dans le même ordre d'idées, sur une question dont l'importance a été encore rehaussée par la loi récente du 26 juin 1889 : celle de savoir quelle sera l'influence de la nationalité de la mère sur la nationalité de l'enfant.

Ces points élucidés, il nous faudra passer à notre seconde hypothèse, celle où il ne s'agit plus d'un mariage existant dans les conditions ordinaires de la vie, mais au contraire d'un mariage dont les conditions peuvent se trouver exceptionnellement modifiées par trois événements qui doivent être séparément étudiés. Le premier de ces trois événements est d'abord l'absence du père, et il faudra examiner cet événement sous les deux formes sous lesquelles il peut se présenter, c'est-à-dire l'absence présumée ou judiciairement déclarée, et la simple absence de fait ou non-présence. Le second événement qui peut modifier les conditions du mariage et la situation de la mère légitime est la séparation de corps. Enfin, des modifications analogues peuvent encore être apportées à cette situation par l'interdiction légale ou judiciaire du père, ou par certaines condamnations. Sur ce dernier point, une loi toute récente, celle du 24 juillet 1889, a consacré et formulé en les élargissant les principes déjà posés par la doctrine et la jurisprudence.

Tels sont les divers points de vue auxquels nous aurons

à nous placer pour étudier les conditions de la mère légitime pendant le mariage. Il nous reste à nous demander quels seront ses devoirs et ses droits lorsque le mariage se trouvera annulé ou lorsqu'il sera dissous, soit par le divorce, soit par la mort du mari.

Supposons d'abord la mère devenue veuve : sa condition sera évidemment différente selon qu'elle ne se remariera pas ou qu'au contraire elle convolera en secondes noces.

Si la femme ne doit devenir mère qu'après la mort du mari, nous aurons à examiner les mesures que la loi prend dans l'intérêt de l'enfant à naître.

Si l'enfant est né, il y aura à étudier les diverses questions qui concernent la tutelle et celles qui touchent à la puissance paternelle qui va échoir dans toute sa plénitude à la veuve.

Les mêmes questions se représenteront, mais à d'autres points de vue, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la mère convolera en secondés noces.

A côté des droits et obligations de la veuve viennent naturellement se placer celles de la mère divorcée ou dont le mariage a été annulé.

Telles sont à peu près toutes les questions qui, dans l'état de notre législation, peuvent se poser en ce qui concerne la condition faite par nos lois à la mère légitime.

Nous arriverons ensuite à une partie plus délicate de notre sujet, à la maternité naturelle. Comme nous l'avons déjà dit, nous supposons cette maternité prouvée : il n'entre point dans notre cadre de rechercher comment peut se faire cette preuve, mais seulement d'en déduire les conséquences juridiques.

Ces conséquences doivent être examinées sous deux aspects différents, soit qu'ils s'agisse de la mère qui a reconnu

son enfant, soit qu'il s'agisse de celle dont la maternité se trouve établie en dehors de toute reconnaissance légale, soit par suite d'une recherche qu'autorise la loi, soit par suite de décisions judiciaires, établissant la maternité adultérine ou incestueuse dont la recherche n'est pas possible.

La première situation, celle de la maternité naturelle simple, crée pour la mère, d'une part, des devoirs et des obligations, et d'autre part des droits de puissance paternelle, de tutelle et de succession analogues à ceux qui appartiennent à la mère légitime après la dissolution du mariage. Nous aurons à nous demander aussi, comme nous l'avons fait pour la mère légitime, quelle sera l'influence de la nationalité de la mère naturelle sur celle de l'enfant.

Notre étude ne nous paraîtrait point complète, si nous ne formulions, avec la modestie que tout nous impose, quelques vœux en vue des améliorations qui restent à réaliser pour assurer à la mère à l'égard de l'enfant une situation égale à celle du père, toutes les fois que les deux conjoints ne se trouveront pas en présence et que, par conséquent, la question de l'autorité maritale ne sera pas mise en cause.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CONDITION DE LA MÈRE LÉGITIME

TITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE PENDANT LE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

CAS OU LES CONDITIONS DU MARIAGE NE SONT MODIFIÉES NI PAR L'ABSENCE, NI PAR LA SÉPARATION DE CORPS, NI PAR L'INTERDICTION, NI PAR DES CONDAMNATIONS JUDICIAIRES PRONONCÉES CONTRE LE MARI

SECTION PREMIÈRE

DEVOIRS ET OBLIGATIONS QU'IMPOSE PENDANT LE MARIAGE LA MATERNITÉ LÉGITIME

Le premier devoir de la mère est de veiller à ce que la filiation de ses enfants soit bien établie ; elle aurait incontestablement le droit de demander la rectification de leurs actes de naissance, si ces actes ne contenaient pas toutes les énonciations qui sont prescrites par la loi, ou leur inscription sur les registres s'ils n'ont pas été inscrits dans le délai légal. Si une action en contestation de légi-

limité ou en désaveu est intentée contre un de ses enfants, la mère doit être mise en cause, et cela non pas seulement parce qu'elle a son propre honneur à sauvegarder, mais, et surtout, parce qu'il lui incombe de défendre les intérêts de ses enfants ¹.

Cette obligation est inscrite dans l'art. 318, qui est ainsi conçu : « Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu « de la part du mari ou de ses héritiers sera comme « non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, « d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en présence de sa mère. »

Une difficulté s'est élevée sur cet article : il s'agit de savoir si le délai qu'il fixe s'applique, non seulement au tuteur *ad hoc*, mais aussi à la mère elle-même, et si elle doit, sous peine de déchéance, être mise en cause dans le mois.

Sans entrer dans cette discussion, nous nous bornerons à faire remarquer que la mère est véritablement partie au procès, qu'elle y joue même le rôle le plus important, et que, si on laisse s'écouler un trop long laps de temps entre la naissance de l'enfant et l'assignation dirigée contre la mère, celle-ci pourrait ne plus avoir à sa disposition tous les moyens de défense qu'elle aurait pu dès l'abord invoquer : le temps aura pu les faire disparaître.

Nous avons dit que le désaveu est dirigé contre un tuteur *ad hoc* et en présence de la mère. Il est bien entendu que ce tuteur *ad hoc* ne sera nécessaire que si l'enfant est mineur, car s'il est majeur, il sera lui-même

1. Il est certain que la mère ne pourrait pas elle-même désavouer son enfant. Comment, en effet, la loi lui aurait-elle permis de prouver elle-même une maternité adultérine ? *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

capable de défendre ses intérêts ¹. Faudra-t-il en dire autant de la présence de la mère ? Nous ne le croyons pas. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la mère a, de son côté, son honneur à sauvegarder, et qu'elle a par conséquent un intérêt propre à figurer dans le procès, intérêt qui ne dépend en rien de l'âge de son enfant. Elle seule pourra d'ailleurs fournir certains renseignements et donner certaines explications dans l'intérêt de l'enfant comme dans le sien ².

Arrivons maintenant aux deux principales obligations des père et mère : l'obligation d'éducation et l'obligation alimentaire.

§ 1^{er}. — OBLIGATION D'ÉDUCATION

La nature elle-même oblige les père et mère à élever leurs enfants ; c'est là un principe de droit naturel que la loi a consacré dans l'art. 203.

A ne lire que cet art. 203 on pourrait être tenté de croire que l'obligation d'élever les enfants naîtrait du mariage ; cet article dispose que : « Les époux contractent ensemble « par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Une telle interprétation ne serait pas conforme à la réalité des choses ; il n'est pas exact de dire que l'obligation d'élever ses enfants soit une conséquence du mariage : c'est en leur seule qualité de père et mère, et non pas en leur qualité d'époux, que les parents doivent élever leurs enfants ; cette obligation découle pour eux du fait de la génération, et la qualité d'époux ne peut rien ajouter à celle dont les parents sont

1. Voir pourtant en sens contraire Richefort, *De l'état des familles*, t. 1^{er}, n° 66.

2. En ce sens : Demolombe, t. V, n° 16 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n° 44 bis, III ; Marcadé, sur l'art. 318.

tenus comme père et mère. Nous trouvons dans le Code lui-même la preuve de ce que nous avançons : en effet, les enfants naturels ont, à ce point de vue, les mêmes droits que les enfants légitimes, et le mariage n'augmente en rien cette obligation des père et mère. Constatons cependant qu'en rendant certaine la filiation, il a une influence incontestable sur l'accomplissement du devoir d'éducation : on connaît avec certitude les père et mère légitimes, et ils peuvent être facilement atteints, tandis que les père et mère naturels, quoique tenus exactement à la même obligation, ne peuvent être visés par une action, la loi ne les connaissant pas tant qu'il n'y a pas eu reconnaissance ; en ce cas, ils ne sont donc tenus que moralement d'élever leurs enfants naturels.

En quoi consiste ce devoir d'éducation auquel sont soumis les père et mère ? La réponse est dans la loi qui emploie les mots : « nourrir, entretenir, élever. » — « Les aliments, dit Portalis ¹, ont pour objet la conservation et le bien-être de la personne ; l'éducation se rapporte à son avantage moral. »

Il ne suffirait pas que les père et mère donnassent à leurs enfants des soins physiques ; l'obligation d'élever comprend certainement celle d'assurer à l'enfant une éducation morale et intellectuelle ; le mot élever est significatif, car il n'y a pas d'élévation véritable sans une telle éducation, et la morale philosophique et sociale, dont le droit est la suprême expression, est ici d'accord avec la morale religieuse : « L'homme ne vit pas seulement de pain ². »

1. Exposé des motifs de la loi sur le mariage. Loqué, *Lég. civ.*, t. IV, p. 518.

2. Le Code civil italien est plus explicite que le Code civil français. Son art. 138 impose aux parents l'obligation d'entretenir, d'élever et d'instruire leurs enfants. Il en est de même du code roumain, dont l'art. 185 édicte l'obligation pour les parents non seulement de nourrir et d'entretenir leurs enfants, mais aussi de leur donner une éducation.

L'obligation de l'art. 203 est commune aux deux époux : la mère, aussi bien, sinon plus, que le père, y est soumise, et il est certain que dans les premières années de sa vie, c'est surtout des soins de la mère que l'enfant a besoin. De ce que les père et mère contractent ensemble le devoir d'éducation il faut conclure que les frais que cette éducation nécessite doivent être supportés par les deux époux. Si ces époux sont mariés sous le régime de la communauté, ces frais seront pris sur les biens communs ; si au contraire les père et mère sont mariés sous le régime dotal, c'est le mari seul qui les supportera, puisqu'il a seul la jouissance des revenus de la fortune. En cas de séparation de biens contractuelle, la femme y contribuera pour le tiers comme pour les autres dépenses du ménage, et en cas de séparation judiciaire, jusqu'à concurrence de ses ressources. Dans tous les cas, d'ailleurs, où l'un des époux est tout à fait dépourvu de biens et de ressources, il est certain que c'est l'autre époux qui devra faire face à tous les frais de l'éducation de l'enfant.

De ce que les deux parents sont obligés de supporter ces frais d'éducation, faut-il aller jusqu'à conclure que cette obligation est solidaire et indivisible ?

La jurisprudence admet l'affirmative. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une femme devait acquitter intégralement les dettes contractées par le mari pour frais d'éducation, sauf à exercer ensuite son recours contre lui ¹.

Quant à nous, nous ne croyons pas que l'obligation des époux soit solidaire : il ne peut, en effet, s'agir de solidarité conventionnelle ; il faudrait qu'elle eût été stipulée (art. 1202)

1. Paris, 3 juin 1842 (Dall., v° *Contrat de mariage*, n°s 31, 37) ; Grenoble, 28 janvier 1836 (Dall., *ibid.*, n° 1961) ; Paris, 26 juillet 1862. (D., 1862, 2, 112.)

et aucune stipulation à cet égard n'est intervenue entre le père et la mère. Il n'y a pas non plus solidarité légale, car il faudrait un texte formel pour l'établir, et nous ne trouvons d'autre texte que l'art. 203 qui porte seulement ; « les époux sont tenus ensemble, » mais qui ne dit nullement qu'ils soient liés solidairement.

De ce qu'il n'y a pas solidarité entre les époux, il ne résulte pas d'ailleurs que l'un ou l'autre ne doive pas, bien souvent, acquitter la totalité des frais. Pendant le mariage, le mari sera certainement tenu de payer toutes les dépenses de ce genre, non pas en vertu d'une solidarité qui n'existe pas, mais bien parce que la femme contribue aux dépenses par cela seul qu'elle abandonne entre les mains du mari la totalité ou une partie plus ou moins grande de ses revenus, suivant le régime adopté. De même, une femme séparée de biens, dont le mari est insolvable, sera tenue de payer la totalité des frais d'éducation : mais ce n'est pas encore là un effet d'une solidarité quelconque ; ce n'est que l'application pure et simple de l'art. 1448 qui statue que la femme séparée de biens devra acquitter intégralement toutes les dettes de ménage, si le mari est insolvable.

Pour que les dettes d'éducation se trouvent à la charge de l'un des époux, il n'est même pas nécessaire qu'elles aient été contractées de son consentement. En effet, celui des époux qui les a faites est censé agir au nom de son conjoint, et les tiers qui ont fait les avances sont réputés avoir rempli l'office de gérants d'affaires à l'égard de l'autre conjoint en acquittant une dette qui lui était personnelle.

La jurisprudence ne se contente pas d'admettre la solidarité de la dette d'éducation : elle décide de même

que cette obligation est indivisible. C'est là une question non moins délicate et sur laquelle nous reviendrons à propos de l'obligation alimentaire.

En nous occupant des frais d'éducation, nous avons supposé jusqu'ici que les enfants n'avaient pas de biens personnels.

Supposons au contraire qu'ils aient une fortune propre, sera-ce toujours le père et la mère qui auront à supporter les frais de l'éducation de ces enfants ?

Il est certain, d'abord, que le père et la mère, qui ont la jouissance légale de ces biens, supportent aussi les dépenses occasionnées par l'éducation des enfants, et, conformément à l'art. 385-2°, ces dépenses devront être proportionnelles à la fortune des enfants.

La jouissance légale des père et mère finit à 18 ans : à partir de cette époque, par qui seront supportés les frais d'éducation ? La même question se présenterait au cas où le père ou la mère aurait perdu la jouissance légale, soit pour n'avoir pas fait inventaire, soit pour toute autre cause, ou bien encore s'il s'agissait de biens acquis aux enfants par leur travail personnel ou qui leur auraient été légués à la condition que les parents n'en jouiraient pas.

Il faut décider que, dans ces divers cas, les frais d'entretien ne doivent pas être supportés par les père et mère. C'est là une solution équitable et qui n'est en rien contredite par la loi. Il est vrai que l'art. 203 ne fait pas de distinction, tandis que l'art. 205 en fait une en imposant aux enfants l'obligation de fournir des aliments à leurs père et mère quand ceux-ci sont dans le besoin. Mais il est évident que la loi a envisagé le cas le plus fréquent, elle a statué *de eo quod plerumque fit*. Ce n'est qu'exception-

nellement, en effet, que les enfants qui ont encore leurs père et mère possèdent des biens personnels. L'art. 208, d'ailleurs, qui s'applique à la dette alimentaire des parents envers leurs enfants, comme à celle des enfants envers leurs parents, décide que les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame. Pourquoi ne pas admettre la même solution quand il s'agit des frais d'éducation qui ont tant d'analogie avec la dette alimentaire ?

On pourrait objecter encore que l'art. 389 impose à l'administrateur légal l'obligation de rendre compte des biens dont il n'a pas la jouissance ; mais par les mots « rendre compte » la loi n'a pas entendu restituer tous les revenus touchés par l'administrateur légal pour le compte de son enfant ; et il rendra suffisamment compte en prouvant l'emploi de tout ou partie de ces revenus¹.

Il peut se faire que l'enfant, quoique possédant une fortune personnelle, n'ait pas un revenu suffisant pour faire face à toutes les dépenses occasionnées par son éducation : ses père et mère ne pourraient-ils alors prendre le surplus de ces dépenses sur le capital même appartenant à l'enfant ?

Tel est l'avis de Proudhon². Mais cette opinion est combattue, avec raison selon nous, par Demolombe³.

Remarquons que le devoir d'éducation de l'art. 203 n'est pas nécessairement lié à la puissance paternelle ; les père et mère qui perdent cette puissance par suite de leur interdiction, ou d'une condamnation judiciaire,

1. Voir en ce sens : Bordeaux, 21 mai 1835. (Sirey, 1835, 2, 49.)

2. T. I, n° 186.

3. T. IV, n° 14. Voir aussi Caen, 29 mars 1844. (Sirey, 44, 2, 348.)

n'en continuent pas moins à être tenus de l'obligation d'élever leurs enfants.

Il nous reste à voir si l'obligation d'éducation imposée aux père et mère peut trouver une sanction dans la loi.

Il est certain que, de cette obligation, résulte le devoir pour les parents de donner aux enfants une éducation et une instruction en rapport avec la fortune et la position sociale de ces parents. Demolombe suppose qu'un père millionnaire veuille placer son fils en apprentissage chez un artisan : devra-t-on, en ce cas, permettre à la mère d'agir pour faire réprimer ce manquement au devoir d'éducation ?

Si nous nous reportons aux précédents, nous trouvons dans le Nouveau Denisard le passage suivant : « Le père, « comme chef de la société maritale, a le droit de décider « du genre d'éducation qu'il veut donner à ses enfants, et « de choisir les maîtres qui doivent les instruire sans que « la mère puisse s'y opposer, si ce n'est dans le cas où « le père voudrait donner à ses enfants une éducation contraire à la décence et aux bonnes mœurs ¹. »

Telle était la doctrine qui prévalait dans l'ancien droit. Mais nous croyons que sous l'empire de la loi actuelle, la mère aurait non seulement la faculté, mais même le devoir d'agir. Ne joue-t-elle pas en quelque sorte, pendant le mariage, le rôle de subrogé-tuteur ? Elle devra donc, au cas qui nous occupe, agir dans l'intérêt de ses enfants.

M. Laurent lui conteste ce droit : selon lui, par cela même qu'elle doit à son mari respect et obéissance, elle ne peut s'ériger en surveillante de ses actes ².

1. Nouveau Denisard, t. VII, *Éducation*, note 3.

2. Laurent, t. III, n° 41. — Cf. Colfinières, *Encyclopédie des droits alimentaires*, § 1, n° 6. — Voir aussi Marcadé, sur l'art. 385-2°.

Nous ne pouvons admettre, quant à nous, l'opinion du savant jurisconsulte belge. Elle nous paraît inconciliable avec le droit qu'a la femme de demander la séparation de biens; n'est-ce pas là, autant et plus encore, manquer au respect qu'elle doit à son mari? Ne témoigne-t-elle pas par une telle demande qu'elle désapprouve ses actes qui conduisent le ménage à la ruine? — A ce compte encore il faudrait décider qu'elle ne pourrait pas demander l'interdiction de son mari. En effet, n'est-ce pas lui manquer de respect au plus haut degré que de déclarer qu'il n'est pas sain d'esprit, quand il est fou?

Mais on répond qu'il y a des textes pour établir le droit de la femme sur chacun de ces points, et qu'il n'y en a pas pour accorder à la femme celui dont il s'agit. — En est-on bien sûr? L'art. 203 ne porte-t-il pas que les époux contractent ensemble cette obligation? Ensemble! cela veut dire certainement l'un et l'autre; mais pour exprimer cette idée, le mot « contracter » suffisait; il faut donc admettre que le mot « ensemble » veut dire aussi « l'un envers l'autre ¹ ».

La question devient plus délicate si l'on suppose que la mère n'ose pas agir ou qu'elle partage l'avis du père. Dans ce cas, Demolombe émet l'avis que les autres parents pourraient requérir la convocation du conseil de famille, ou même que le juge de paix pourrait convoquer d'office ce conseil, qui chargerait un de ses membres d'intenter contre le père une action. Cette solution, ne reposant sur aucun texte de loi, nous paraît purement arbitraire, et nous ne saurions nous y rallier: c'est affaire au législateur à pourvoir à des cas de ce genre.

1. Demolombe, t. IV, n° 9; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 285 bis, 11; Aubry et Rau, t. VI, § 517; Vergé et Massé, t. 1^{er}, p. 220.

Si les enfants ont un droit à être nourris, entretenus, élevés par leurs parents, ils n'ont (à la différence de ce qui se passait à Rome) aucune action pour un établissement par mariage ou autrement. C'est le texte de l'art. 204, c'était aussi la règle admise dans les pays de droit coutumier. Il serait, en effet, absolument contraire au respect que les enfants doivent à leurs père et mère, de leur permettre une action contre ceux-ci. Il est bien rare d'ailleurs que les père et mère manquent à ce devoir naturel ¹.

Il a été pourtant jugé que, bien que l'enfant ne puisse exiger un établissement, il aurait cependant le droit d'agir pour obtenir la somme nécessaire à la continuation d'études commencées sur l'avis et le conseil du père ². On conçoit d'ailleurs cette décision, puisqu'il s'agit ici, non d'un établissement, mais de la continuation de l'obligation d'éducation que la loi et le droit naturel imposent aux parents.

§ 2. — OBLIGATION ALIMENTAIRE

Le devoir d'éducation qui incombe aux père et mère envers leurs enfants ne dure que jusqu'à la majorité de ceux-ci. L'obligation alimentaire dure au contraire autant que leur vie. Lorsque l'enfant est dans le besoin, les père et mère sont tenus de lui venir en aide, et ce n'est pas là seulement une obligation naturelle, c'est une obligation civile (art 207).

« Les aliments seront fournis, porte la loi, proportionnellement aux besoins de celui qui les réclame et à la fortune de celui qui les doit. » La seule condition pour que cette dette naisse, c'est donc que l'enfant soit dans le besoin; et il en résulte que cette obligation pèse-

1. Ces motifs sont donnés par Pothier dans son *Traité de la communauté*, n° 646.

2. Bordeaux, 6 juillet 1832. (Dall., v° *Mariage*, 611.)

rait même sur les parents dont l'enfant se serait marié sans leur consentement. Telle était déjà la solution admise par l'ancienne jurisprudence ¹, et cette solution doit à plus forte raison être admise sous l'empire de la législation actuelle. En effet, dans l'ancien droit, les père et mère pouvaient déshériter l'enfant qui s'était marié contre leur volonté, et ils n'en devaient pas moins lui fournir des aliments s'il était dans le besoin. Aujourd'hui que le droit d'exhérédation n'est plus en aucun cas reconnu aux père et mère, celui de leur fournir des aliments doit à *fortiori* subsister.

Il ne faudrait pourtant pas que, sous prétexte de se faire allouer des aliments, l'enfant arrivât d'une façon détournée à se faire constituer une dot; ce sera aux tribunaux qu'il appartiendra d'y veiller dans la fixation du quantum de la pension alimentaire ².

Il n'est pas douteux d'ailleurs que les aliments seraient dus même à l'enfant qui aurait reçu une dot ou auquel ses parents auraient procuré un établissement ³.

Les aliments consistent en général en une pension à faire à l'enfant, mais les père et mère peuvent offrir de le recevoir chez eux. Les tribunaux ont, dans ce cas, le plus large pouvoir d'appréciation ⁴. Ils peuvent décider que la pension doit être servie en argent, non seulement quand les parents se sont rendus coupables de mauvais traite-

1. Arrêt du 10 décembre 1650. — Voir cependant, en sens contraire, arrêt 22 décembre 1628 et 2 avril 1770, et Lacombe, *Aliments*, sect. I.

2. En ce sens : Toullier, t. II, n° 614; Duranton, t. II, n° 384; Vazeille, t. II, n° 482; Vergé et Massé, t. I^{er}, p. 222, n° 412; Demolombe, t. IV, n° 49. — *Addé* : Req., 7 décembre 1808 (Sirey, 1809, I, 37); Bruxelles, 19 janvier 1811 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 663); Caen, 15 avril 1823 (Dalloz, 1830, 2, 13).

3. Pothier, n° 383; Voët, *Ad Pandectas*, titre *De agnosc. et alien. lib.*, n° 5; Demolombe, t. IV, n° 48.

4. Rennes, 12 janvier 1810 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 621).

ments envers l'enfant ¹, mais encore au cas où, alors même que leur tendresse et leur affection seraient certaines, il y aurait un inconvénient quelconque à ce que l'enfant vint habiter avec eux ².

L'enfant qui s'est rendu coupable envers ses parents d'actes qui le frappent de l'indignité de succéder serait-il en droit cependant d'exiger des aliments? La négative était admise en droit romain ³, et elle est encore soutenue aujourd'hui par un certain nombre d'auteurs ⁴.

Nous pensons, quant à nous, avec M. Demolombe, que l'obligation alimentaire, étant édictée dans la loi, subsiste toutes les fois qu'un autre texte ne la déclare pas éteinte.

Les adversaires de cette opinion reconnaissent eux-mêmes que si les juges avaient accordé à l'enfant des aliments, leur décision ne pourrait être cassée.

Mais n'est-ce pas tomber dans l'arbitraire que d'accorder aux tribunaux une faculté qui ne peut se fonder sur aucun texte. C'est ce qu'on ferait cependant en admettant que les parents seront déchargés de l'obligation alimentaire toutes les fois que les magistrats trouveront les faits assez graves pour déterminer le rejet de la demande.

Il est assurément regrettable qu'une disposition expresse de la loi n'ait pas enlevé aux enfants déclarés indignes de succéder à leurs parents le droit de leur demander des aliments; mais nous estimons qu'il n'appartient pas à la doctrine de combler les lacunes du Code, de forger arbitrairement toute une théorie et d'édicter finalement des peines qui ne se trouvent pas inscrites dans la loi.

Les art. 210 et 211 portent :

1. Aix, 3 août 1807 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 686).

2. Bordeaux, 20 juin 1832 (Dalloz, *ibid.*).

3. Loi 5, § 11, ff., *De agnosc. et alend. lib.*

4. Toullier, t. II, n° 614; Daranton, t. II, n° 333; Marcadé, t. I^{er} 211-II.

Art. 210. — « Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments. »

Art. 211. — « Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des aliments devra, dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire. »

La Cour d'Amiens ¹ a jugé qu'il résultait de la combinaison de ces deux articles que les père et mère ne pourraient jamais être forcés de recevoir chez eux leurs enfants au lieu de leur servir une pension, et que l'art. 211 ne permettrait cette décision aux tribunaux que si les père et mère y consentaient. Il y aurait, en effet, dit-on à l'appui de ce système, des inconvénients sérieux à accorder ce droit aux tribunaux : on imposerait ainsi aux parents l'obligation de recevoir chez eux des enfants qui peuvent être irrespectueux, ou par trop exigeants ; et l'on porterait ainsi une atteinte au principe rappelé dans l'art. 371, qui, après le Décalogue, enjoint aux enfants d'honorer et de respecter leurs parents.

Ce danger ne nous paraît pas aussi grand que la Cour d'Amiens semble le craindre. Il ne faut pas oublier que nous avons accordé aux juges le plus large pouvoir d'appréciation. C'est à eux qu'il appartiendra de se rendre compte des circonstances, de voir si en fait la présence de l'enfant dans la maison ne risquera pas de compromettre la dignité paternelle.

La solution de l'arrêt nous paraît, au contraire, bien

1. Arrêt du 13 janvier 1838 (S., 1838, 2, 291).

dangereuse pour l'enfant qui, n'ayant peut-être aucun moyen d'existence, s'estimerait très heureux d'être reçu chez ses père et mère. La loi permet aux juges d'obliger l'enfant à recevoir chez lui ses parents, s'il n'a pas assez de ressources pour leur servir une pension alimentaire. Pourquoi ne leur permettrait-elle pas aussi d'astreindre les parents à cette obligation ? Les considérations morales ne sont-elles pas les mêmes dans les deux cas ? Elles sont même plus fortes encore au cas que nous prévoyons, car le père et la mère continuant d'habiter chez eux restent en somme les maîtres et peuvent toujours imposer leur volonté à celui qu'ils y reçoivent, tandis que le père, si le tribunal le force à habiter chez son fils, y occupera nécessairement une position subordonnée et contraire à la dignité paternelle.

Nous avons vu que la Cour d'Amiens se fondait aussi sur une raison de texte, tirée de la combinaison des art. 210 et 211. Nous croyons que c'est attribuer à ces articles une portée exagérée : l'art. 211, en effet, donne aux père et mère la faculté d'offrir aux tribunaux de recevoir chez eux leur enfant, au lieu de lui payer une pension alimentaire, alors même que les parents auraient les ressources nécessaires pour lui servir cette pension, tandis que les autres personnes qui sont tenues de la dette alimentaire ne seraient admissibles à une pareille offre qu'autant qu'elles justifieraient de l'insuffisance de leurs ressources pécuniaires.

Mais de ce que la loi a accordé aux parents une facilité pour l'acquittement de leur obligation alimentaire, il ne s'ensuit nullement qu'ils ne pourraient pas être contraints à recevoir chez eux leur enfant plutôt que de lui servir une pension ¹.

1. En ce sens : Proudhon, t. I, pp. 45 et 452 ; Demolombe, t. IV, n° 61.

Ici se pose, de même que pour l'obligation d'élever l'enfant, la question de savoir si l'obligation alimentaire est solidaire et indivisible.

La jurisprudence l'a tranchée longtemps dans le sens de l'affirmative : mais elle est aujourd'hui d'accord avec la doctrine pour décider que la dette alimentaire comme la dette d'éducation est parfaitement divisible¹, et qu'elle ne peut être non plus considérée comme solidaire en dehors de tout texte de loi².

SECTION II

DROITS QUE CONFÈRE PENDANT LE MARIAGE LA MATERNITÉ LÉGITIME

La puissance paternelle, telle qu'elle est organisée par le code, est bien loin de ressembler à la *patria potestas* des Romains, ce droit presque sauvage qui assimilait l'enfant à une chose et qui le comprenait en quelque sorte dans le patrimoine du père. Cette *patria potestas* portait la marque d'une civilisation encore à l'état rudimentaire. Elle correspondait aux institutions primitives d'une race guerrière, où la famille se personnifiait tout entière dans le chef. C'est de disposition fondamentale de la redoutable Loi des XII Tables qu'est sorti tout l'édifice du Droit Romain, comme l'Empire romain s'étendant sur tout le monde est sorti de l'étroit Latium.

Établie toute dans l'intérêt du père, la puissance paternelle durait jusqu'à sa mort, et s'étendait, tout au moins à l'origine, et à la personne et aux biens, sans exception ni réserve.

1. Cass. 15 juillet 1861. (Dalloz, 1861, I, 469). — Sic Dumoulin, *De divido et individuo*, pars II, n° 228 ; Laurent, t. III, n° 68.

2. Bordeaux, 14 décembre 1841 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 698-3°). — Sic Laurent, t. III, v° 67.

On comprend que la mère ne pouvait être associée à cette puissance : comment en eût-il été autrement, puisqu'elle-même continuait pendant le mariage à subir celle de son père et n'y échappait qu'en devenant la sœur de ses propres enfants ?

Le législateur moderne s'est inspiré d'une idée toute différente, où le christianisme a sa grande part ; il n'a envisagé que l'intérêt de l'enfant et non celui du père : il a fait de la puissance paternelle une puissance protectrice pour l'enfant.

L'expression de *puissance* fût elle-même proscrite, elle ne se retrouve que dans la rubrique du titre qui y est consacré, et la loi dans ses dispositions n'emploie que l'expression « autorité des père et mère ». Il faut, en effet, que les parents aient autorité sur leurs enfants pour que les conseils qu'ils leur donnent soient suivis, dans l'intérêt même de ces enfants.

Réal nous révèle la pensée du législateur, qui a voulu organiser un pouvoir d'aide et de protection pour l'enfant, pouvoir qui ne doit durer que jusqu'à l'âge où cet enfant pourra se conduire seul et où, la raison lui étant venue, il pourra à son tour devenir le fondateur, le chef d'une famille.

« Nous naissons faibles, dit Réal, assiégés par les maladies et le besoin ; la nature veut que dans ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière, qui est toute de défense et de protection. »

La puissance paternelle étant ainsi organisée, il n'y avait aucune raison de ne pas associer la mère au devoir qui incombe au père d'élever ses enfants ; la nature elle-même impose en effet cette obligation à la mère aussi bien

qu'au père. Ce droit aurait dû être accordé de tout temps à la mère, et le législateur de 1804 n'a fait que réparer l'injustice d'une série de siècles, en faisant entrer, pour ainsi dire pour la première fois, la mère dans la famille, et en la rétablissant dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature : « Jamais il n'y eut un plus grand acte de justice ¹. »

La mère partage donc avec le père l'exercice de l'autorité paternelle. L'art. 372 porte : « Il (l'enfant) reste sous « *leur* autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. »

Il est vrai que l'art. 373 ajoute aussitôt après : « Le « père seul exerce cette autorité pendant le mariage. » Mais il n'en résulte nullement que la mère n'ait, pendant le mariage, aucun droit, et que sa voix ne doive jamais être écoutée. C'est elle qui donnera nécessairement à son enfant la première éducation; elle sera certainement consultée sur la manière dont il devra être élevé : mais au cas où son avis ne serait pas conforme à celui du père, c'est celui-ci qui l'emportera.

Rappelons cependant que nous lui avons reconnu le droit de s'adresser au tribunal si le père voulait donner à l'enfant une éducation inférieure à ses ressources, à sa position sociale ².

On a comparé avec raison le rôle de la mère pendant le mariage à celui d'un subrogé-tuteur dans la tutelle. C'est elle qui veille sur les intérêts de l'enfant quand ils se trouvent contraires à ceux du père ; et il ne faut pas seulement lui reconnaître une autorité morale, il faut lui accorder aussi le droit de faire trancher par les juges cette contrariété d'intérêts.

1. Rapport de Vesin au Tribunal.

2. *Vide supra*, p. 29.

Ce qu'il faut voir dans la disposition de l'art. 373, décidant que le père seul pendant le mariage peut exercer l'autorité sur les enfants, c'est une disposition d'ordre public, une de ces dispositions par conséquent auxquelles on ne pourrait déroger par une convention. C'est ainsi qu'on ne pourrait insérer dans le contrat de mariage une clause aux termes de laquelle la mère seule aurait la direction de l'éducation de ses enfants. (Art. 1387 et 1388.)

Il est d'usage, surtout dans le midi de la France, de stipuler, aux contrats de mariage passés entre des futurs de religion différente, que les filles seront élevées dans la religion de la mère et les fils dans celle du père. Que faut-il penser de la validité d'une pareille clause? La mère aurait-elle le droit, si le père ne s'y conformait pas, de s'adresser aux tribunaux pour faire sanctionner cette restriction à l'autorité paternelle?

Nous ne le croyons pas et notre opinion à cet égard est celle de la majorité des auteurs ¹.

Marcadé ² admet pourtant une réserve; il prétend que les tribunaux pourraient intervenir si le père abusait de son pouvoir, s'il voulait par exemple élever ses enfants dans la religion mahométane. Rien ne justifie une telle distinction, et le pouvoir qu'on voudrait en ce cas attribuer aux tribunaux nous paraîtrait aussi arbitraire que dans les autres cas.

Nous pensons que la stipulation dont il s'agit constituerait une dérogation à la puissance paternelle et que comme telle elle tomberait sous le coup de l'art. 1388. Tout au plus pourrait-on décider que l'inobservation

1. Demolombe, t. VI, n° 295; Duranton, t. XIV, n° 120; Aubry et Rau, t. V, § 504, note 2; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 5 bis II.

2. Marcadé, sur l'art. 1389, n° 3.

d'une telle clause pourrait être considérée par les tribunaux comme une injure grave, de nature à permettre à la femme de demander la séparation de corps. C'est du moins l'opinion d'Oudot ¹ : « En morale, écrivait le savant professeur de la Faculté de Paris, il faut flétrir le mari qui, au tort d'accepter dans son contrat une telle clause, ajoute celui de tromper une femme qui ne l'a épousé que sous la condition expresse de diriger la foi de ses enfants : en droit, on peut qualifier de sévices une telle conduite, et autoriser la femme à demander la séparation de corps pour éviter une maternité qu'elle maudirait au nom de ses croyances religieuses, puisque dans sa pensée elle donnerait le jour à des enfants destinés à la damnation éternelle. »

MM. Rodière et Pont ² pensent, contrairement à l'opinion que nous venons d'exprimer, que la clause dont il s'agit, sans être rigoureusement obligatoire, pourrait cependant être prise en considération par les tribunaux. Ce système nous paraît manquer de logique : comment les juges pourraient-ils tenir compte d'une convention proscrite par la loi, alors que c'est de la loi seule qu'ils tiennent leur pouvoir, et que c'est elle seule qui doit toujours leur servir de guide ? Comment pourraient-ils sans lui désobéir accorder une force quelconque à une clause qu'elle prohibe ?

Si la mère n'a, pendant le mariage, qu'une autorité purement morale, elle n'en a pas moins droit au respect de ses enfants : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère » porte l'art. 371. Ce devoir, que la loi impose aux enfants, dure, on le sait, autant que la vie, et ne prend pas fin à leur majorité avec la puissance paternelle.

Ce précepte de l'art. 371 a sa source dans la morale,

1. *Des droits de famille*, liv. III, titre I.

2. Rodière et Pont, *Contrat de Mariage*, t. I, n° 63.

et le Code n'a fait que traduire presque textuellement l'ordre du Sinaï : *honora patrem tuum et matrem*. Mais, sans en méconnaître en rien la valeur morale, il faut se rendre compte qu'il est dépourvu de toute portée juridique. C'est ce que fit remarquer au Conseil d'État Béranger, qui demandait la suppression de cette disposition. Bigot-Préameneur répondit qu'elle contenait le principe dont les autres articles ne sont que le développement et dont ils règlent les conséquences, et qu'en beaucoup d'occasions elle deviendrait un point d'appui pour les juges.

De ces paroles, certains auteurs ¹ ont conclu qu'il fallait accorder aux tribunaux le droit de régler en quelque sorte les rapports juridiques des enfants et de leurs parents et leur attribuer à cet égard un véritable pouvoir discrétionnaire. On a même été jusqu'à prétendre ² que les enfants ne pourraient jamais intenter une action déshonorante contre leurs père et mère.

C'est évidemment aller trop loin, et la loi elle-même s'oppose à une pareille déduction. L'art. 380 du Code pénal ne permet-il pas à l'enfant de demander des réparations civiles à ses père et mère à raison d'une soustraction qu'ils auraient commise à son préjudice, soustraction qui n'est innocentée qu'au point de vue pénal?

Mais ce à quoi sera tenu l'enfant, ce sera à éviter, dans les procès qu'il pourrait avoir avec ses père et mère, toute expression injurieuse, et s'il se rendait coupable d'un aussi grave manque de respect, les tribunaux pourraient le condamner à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé.

1. Demante, t. II, n° 113 *bis*.

2. Duranton, t. III, n° 350; Proudhon, t. I, p. 238.

L'obligation que l'art. 371 impose à l'enfant lui incombe aussi bien à l'égard de la mère qu'à l'égard du père.

Le père seul, il est vrai, pourra, pendant la durée du mariage, punir ses enfants s'ils venaient à contrevenir à ce devoir, puisque lui seul a le droit de correction. La mère n'aurait que le droit de s'adresser au père, et ce sera à lui de voir si l'injure est assez grave pour qu'il y ait lieu de recourir à la détention de l'enfant.

Formulons cependant une réserve : si le père ne prenait aucune mesure pour sauvegarder la dignité de la mère, et s'il continuait à la laisser en butte aux insultes des enfants, elle serait en droit de le considérer comme complice de ces insultes et pourrait être reçue à demander la séparation de corps pour cause d'injure grave. A plus forte raison en serait-il ainsi au cas où le père lui-même n'aurait pas craint d'inspirer aux enfants le mépris de leur mère ¹.

D'après ce que nous venons de voir, les droits de la mère relativement à l'éducation de l'enfant se réduisent pendant le mariage à bien peu de choses. C'est le père qui donne ou fait donner à l'enfant l'éducation qui lui paraît convenable ; c'est lui qui le fait élever dans la religion qui a ses préférences. Il peut élever ses enfants soit dans la maison conjugale, soit au dehors, dans une pension que la mère pourrait ne pas même connaître, et celle-ci ne pourrait agir en justice contre lui pour se faire indiquer le lieu où son mari a placé ses enfants. Ce n'est pas là un cas imaginaire : il s'est présenté devant le tribunal de la Seine, et la demande de la femme a été rejetée. Mais hâtons-nous de dire qu'ici encore les juges pourraient voir dans ce fait une

1. Chardon, t. II, n° 33.

injure grave de nature à autoriser la femme à demander la séparation de corps.

C'est le père seul qui pendant le mariage exerce le droit de correction, et à cet égard la mère est absolument sans droit, même devant la trop grande indulgence du père. Pourrait-elle du moins s'opposer à des rigueurs excessives? Non, mais elle pourra toujours exercer en faveur de son enfant une influence indirecte au cas de détention par voie de réquisition. Les magistrats, avant d'accéder à la demande du père, devront entendre la mère, qui est évidemment le témoin le mieux renseigné.

Le droit d'élever les enfants constitue ce qu'on entend par puissance paternelle, au sens strict de ce mot. Mais, dans une acception plus étendue, cette puissance comprend différents droits reconnus aux parents par divers textes. C'est ainsi que les enfants sont tenus de demander à leurs père et mère leur consentement pour se marier, pour se donner en adoption : ce consentement est nécessaire encore quand il s'agit de la tutelle officieuse ; il est enfin exigé pour les enfants qui veulent entrer dans la carrière de l'Église. Rappelons encore le droit conféré aux père et mère d'accepter une donation faite à leurs enfants mineurs, etc. Nous examinerons successivement ces divers droits que confère la puissance paternelle entendue ainsi *lato sensu*, et nous pourrons nous convaincre qu'à ces divers points de vue, les droits de la mère, même pendant le mariage, sont de beaucoup plus étendus qu'en ce qui concerne l'éducation des enfants.

I. — DU CONSENTEMENT DE LA MÈRE AU MARIAGE DE SES ENFANTS.

Les filles jusqu'à leur majorité, et les fils jusqu'à l'âge

de 25 ans sont tenus, pour se marier, de demander le consentement de leurs père et mère, et ils sont tenus, à tout âge, de requérir leur conseil. « Les mariages, disait
 « Portalis, sont, de toutes les actions de la vie, celles
 « desquelles dépend le bonheur ou le malheur de la vie
 « entière des époux, et qui ont une plus grande influence
 « sur le sort des familles, sur les mœurs générales et
 « sur l'ordre public ¹. »

A ces éloquents raisons on peut en ajouter d'autres encore. Les enfants sont tenus de demander le consentement ou le conseil de leurs père et mère, parce qu'ils leur doivent à tout âge honneur et respect. Les ascendants ont, d'ailleurs, eux-mêmes un intérêt moral dans la question du mariage de leurs enfants. Quels conseillers meilleurs que ses père et mère pourrait trouver un enfant? N'ont ils pas l'expérience de la vie et l'ardent désir de contribuer au bonheur de cet enfant? Celui-ci, dans son inexpérience, pourrait risquer de compromettre son avenir, en se laissant entraîner par une passion déraisonnable : n'est-ce pas le droit autant que le devoir de ses parents de le défendre contre lui-même, de l'empêcher de commettre une faute irréparable? — « Nous requérons, disait encore Portalis ², le consentement des père
 « et mère pour le mariage des fils qui n'ont point atteint
 « l'âge de 25 ans et pour celui des filles qui n'ont point
 « atteint la 21^e année. La nécessité de ce consentement,
 « reconnue par toutes les lois anciennes, est fondée sur
 « l'amour des parents, sur leur raison et sur l'incertitude de celle de leurs enfants. Comme il y a un âge
 « propre à l'étude des sciences, il y en a un pour bien

1. Exposé des motifs, n° 12, Locré, t. II, p. 372.

2. Exposé des motifs, Locré, t. IV, p. 484.

« saisir la connaissance du monde : cette connaissance
« échappe à la jeunesse, qui peut être facilement abusée
« par ses propres illusions et trompée par des suggestions
« étrangères. Ce n'est point entreprendre sur la liberté
« des époux que de les protéger contre la violence de leurs
« penchants. Le mariage étant de toutes les actions hu-
« maines celle qui intéresse le plus la destinée des hom-
« mes, on ne saurait l'environner de trop de précautions.
« Il faut reconnaître les engagements que l'on contracte
« pour être en droit de les former. Un époux honnête,
« quoique malheureux par sa légèreté ou par ses erreurs,
« ne violera point la foi promise, mais il se repentira de
« l'avoir donnée ; il faut, dans un temps utile, et par des
« mesures qui éclairent l'âme, prévenir ces regrets
« amers qui la brisent. »

La mère n'est pas moins capable que le père de conseiller sagement ses enfants, et sa tendresse à leur égard ne peut non plus être contestée : or, c'est à la fois sur l'affection et sur la raison des parents qu'est fondée l'obligation que la loi impose à l'enfant de requérir leur consentement.

« Si la nécessité de leur consentement est fondée sur leur raison, disait le tribun Gillet, elle ne l'est pas moins sur leur amour¹. »

L'enfant devra consulter sa mère, dont l'opinion sera nécessairement d'un grand poids sur sa décision. En fait d'ailleurs, le père lui-même tiendra à prendre l'avis de sa femme dans une circonstance aussi grave, mais la loi a dû prévoir le cas où cet avis serait différent de celui du père, et elle a décidé qu'en cas de dissentiment le consen-

1. Locré, IV, p. 535.

tement du père suffirait. La mère présentera au père ses objections contre l'union projetée, mais si le père ne les considère pas comme décisives, le mariage aura lieu. Dans l'hypothèse d'un désaccord il fallait nécessairement une solution, le législateur l'a indiquée : c'est l'avis du père que l'emportera. « Dans une société, dit encore à ce sujet Portalis, toute délibération, toute discussion devient impossible, si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a partout garanti cet avantage au mari ¹. »

Nous aurons à revenir d'ailleurs sur cette question, et nous indiquerons quel est, en morale pure et en législation, notre sentiment sur ce point.

Nous avons maintenant, après avoir exposé les principes admis par la loi, à examiner d'importantes difficultés que font naître l'application de ces dispositions et la sanction que le législateur y a attachée.

En cas de dissentiment, le consentement du père suffit, dit la loi : mais il n'en sera ainsi que s'il y a dissentiment, et la mère devra nécessairement être toujours consultée. L'enfant ne pourrait donc prétendre que du moment qu'il a obtenu le consentement du père il peut se passer de demander celui de sa mère, sous prétexte qu'alors même que celle-ci s'opposerait au mariage, ce mariage ne se ferait pas moins, étant donné le consentement du père. Le législateur a voulu que la mère fût consultée : les raisons qu'elle pourra faire valoir seront peut-être de nature à modifier l'avis du père lui-même, et d'autre part elle pourra peut-être, par ses conseils affectueux et éclairés, dissuader son enfant de l'union qu'il voulait contracter.

1. Portalis, Exposé des motifs, Loqué, t. IV, p. 488.

La loi elle-même s'oppose à une interprétation de son texte qui aboutirait à permettre à l'enfant de ne pas consulter la mère. « En cas de *dissentiment*, » dit-elle : or pour qu'il y ait dissentiment ne faut-il pas que deux avis soient en présence, et par conséquent que la mère soit consultée comme le père ?

L'art. 76 édicte, dans son § 4, l'obligation pour l'officier de l'état civil de mentionner dans l'acte de mariage le consentement des père et mère. Nulle difficulté si la mère est présente au mariage, ou si l'enfant produit, sinon son consentement, du moins son avis consigné dans un acte authentique. Mais que décider si le futur époux se présente devant l'officier public muni seulement du consentement du père, en se bornant à prétendre que sa mère a été consultée et qu'elle a refusé son consentement ? — L'officier de l'état civil pourrait-il dans ces conditions procéder au mariage sans encourir les peines portées aux art. 156 du Code civil et 193 du Code pénal ? Et comment lever cette difficulté ?

Certains auteurs ¹ estiment qu'il faudrait en ce cas signifier à la mère un acte respectueux dans les formes exigées par les art. 184 et 185. D'autres ² admettent au contraire que la mission confiée au notaire par la loi se limite aux actes respectueux ; or ici il ne s'agit pas d'un acte de ce genre, mais bien d'une demande de consentement : ce n'est donc pas, selon lui, au ministère d'un notaire qu'il faudrait recourir mais à celui de l'officier chargé, en règle générale, des constatations, c'est-à-dire à celui d'un huissier.

Il est certain que le recours au notaire serait plus res-

1. Valette, sur Proudhon, t. I, p. 396, note 6 ; Demolombe, t. III, n° 38 ; Demante et Colmet de Santerre, I, 210 *bis*.

2. Laurent t. IV, n° 312.

pectueux, mais il s'agit là d'une exception à la règle, et cette exception ne s'appuie sur un texte que pour les actes respectueux ; il eût fallu également une disposition expresse si la loi avait entendu écarter ici encore l'office de l'huissier.

La mère que l'enfant n'aurait pas consultée aurait certainement le droit d'informer officieusement de cette circonstance l'officier de l'état civil, mais faudrait-il aller plus loin et lui accorder le droit de faire opposition au mariage ? — C'est là une question délicate et controversée. Ce droit est refusé à la mère par des auteurs justement estimés : il y aurait là, disent-ils, une violation de l'art. 173 qui porte que le père et *à défaut du père la mère* peuvent former opposition au mariage de leurs enfants.

Ils ajoutent que l'opposition de la mère « serait sans « but et sans résultat, puisque son refus ne pouvant aboutir à empêcher le mariage, les magistrats devraient « nécessairement, et dans tous les cas, donner mainlevée « de son opposition ¹ ».

Il est vrai que l'art. 173 n'accorde à la mère qu'*à défaut du père* le droit de former opposition, fait-on observer dans le sens inverse. — Mais quelle est la raison qui a déterminé ici le législateur ? C'est que si le père approuve le mariage, la femme, tenue au respect de l'autorité maritale, ne doit pas pouvoir agir ; c'est là la règle générale, et elle s'applique aux cas les plus fréquents, ceux où le consentement des parents n'est pas exigé, c'est-à-dire ceux où les enfants sont majeurs quant au mariage. Mais, au contraire, dans le cas où le consentement de la mère est exigé, l'enfant manquerait à ses devoirs en ne la consultant

1. Demolombe, t. III, n° 39. — Cf. Aubry et Rau, t. V, § 454, note 5 ; Laurent, t. IV, n°s 312 et 378, et Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 210 bis.

pas : ce serait une atteinte portée à la puissance paternelle, à laquelle la loi a associé la mère quand il s'agit du mariage de ses enfants. Il importe de faire respecter cette autorité, et le meilleur moyen est d'accorder à la mère le droit de former opposition au mariage ¹.

Cette opposition, dit-on encore, ne produira aucun résultat. Il est vrai ; mais l'opposition faite sans motifs par un ascendant après les actes respectueux en produira-t-elle davantage ? Et le tribunal ne devra-t-il pas, dans ce cas comme dans celui qui nous occupe, ordonner la mainlevée ? La loi n'en a pas moins permis l'opposition des ascendants, et il faut ajouter que souvent cette opposition peut atteindre son but. Que veut l'ascendant ? Gagner du temps, obliger le futur époux à la réflexion, l'arrêter sur une pente fatale. Eh bien ! n'en sera-t-il pas de même au cas d'opposition de la mère ? Mainlevée de cette opposition sera certainement donnée par le tribunal, mais l'enfant aura pu, pendant le temps du procès, se laisser convaincre par les raisons invoquées par sa mère et renoncer à une union qu'elle blâme : il aura pu être éclairé sur l'indignité du conjoint qu'il veut se donner, et les circonstances se seront peut-être chargées elles-mêmes de venger l'autorité maternelle méconnue.

M. Duranton tire de cette doctrine, qu'il admet, une conséquence à laquelle nous ne saurions nous rallier. D'après lui, l'officier de l'état civil pourrait, s'il le juge convenable eu égard aux circonstances, et en l'absence de toute opposition de la mère, procéder à la célébration du mariage

1. En ce sens : Delvincourt, t. I, note 4, p. 56 ; Vazeille, t. I, n° 419 ; Allemand, t. I, n° 220 ; Dalloz, v° *Mariage*, n° 97 ; Massé et Vergé, t. I, p. 208. — *Adde* : Riou, 30 juin 1817 (Sirey, 1818, 2, 41) ; P. Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 197.

sans exiger qu'on lui présente le consentement de la mère. « Le silence de la mère est une présomption de consentement, ajoute Duranton, la supposition qu'elle n'a point été consultée par le père qui veut le mariage n'étant pas naturelle ¹. »

Et le savant auteur fait valoir précisément le droit qu'avait la mère de former opposition au mariage et le silence qu'elle a gardé.

C'est là établir une présomption qui n'est pas inscrite dans la loi ; l'article 148 exige expressément le consentement de la mère, et l'officier public ne peut, quand il s'agit d'un contrat essentiellement solennel, se fier à des présomptions inventées pour le besoin de la cause.

Quelques arrêts ont ordonné qu'avant la mainlevée de l'opposition formée par la mère, l'enfant fût mis pendant un certain temps en communication avec elle, sans doute pour qu'il puisse entendre, apprécier et discuter ses observations. Merlin ² approuve ces décisions, qui, selon lui, constituent un tempérament parfaitement conciliable avec la lettre de l'art. 173.

Que cette faculté appartienne ou non aux tribunaux, nous pensons, sur le fond même de la question, que c'est en tout cas se conformer à l'esprit de l'art. 173 que d'accorder à la mère le droit de s'opposer au mariage de son enfant quand elle n'a pas été consultée.

Passons à une autre difficulté.

Supposons que l'officier public, manquant à ses devoirs, ait procédé au mariage sans s'assurer du consentement de la mère ou au mépris de son opposition : il sera, dans ce

1. Duranton, t. II, n° 77, note. — Cf. Dalloz, v° *Mariage*, 97.

2. *Répertoire*, v° *Opposition au mariage*, n° 4.

cas, passible des peines prononcées par les art. 68 ou 156 du Code civil et 193 du Code pénal.

Mais sera-ce là la seule sanction des prescriptions de la loi? Faut-il admettre aussi que la mère aurait le droit de demander la nullité du mariage?

Les auteurs qui n'admettent pas pour la mère non consultée le droit de faire opposition au mariage décident, à plus forte raison, qu'elle ne serait pas admise à demander la nullité du mariage, une fois ce mariage contracté.

Mais même parmi les auteurs qui admettent son droit d'opposition, la plupart lui refusent le droit de demander la nullité, et il n'y a là rien de contradictoire. Le droit de former opposition n'emporte pas nécessairement celui d'intenter une demande en nullité. Le Code a ordonné que la mère soit consultée : si l'enfant ne s'est pas conformé à cette disposition de la loi, la mère aura le droit de s'opposer au mariage et de le retarder, en donnant ainsi au futur époux le temps d'une plus mûre réflexion. Mais si elle se trouve au contraire en présence d'un mariage déjà célébré, la mère sera absolument sans droit, le père ayant donné son consentement, qui, aux termes de la loi, l'emporte en cas de dissentiment. — C'est là l'application forcée des principes.

L'ordre de notre discussion et le désir de ne pas scinder la question nous amènent à parler ici des autres cas dans lesquels les père et mère pourraient demander la nullité du mariage de leur enfant.

Supposons qu'une fille mineure, ou un fils âgé de moins de 25 ans, se marie sans le consentement ni de son père ni de sa mère ; l'art. 182 porte « que le mariage contracté sans le consentement des père et mère, ou des ascendants, dans les cas où ce consentement était requis, pourra être

l'objet d'une action en nullité ». La mère aura donc, aussi bien que le père, le droit d'intenter cette action en nullité, puisque son consentement était requis comme celui du père.

Mais pourra-t-elle agir pendant la vie du mari lui-même, ou du moins tant que celui-ci restera capable de manifester sa volonté. — Nous ne le pensons pas. En effet, par cela seul que, connaissant le mariage, il n'agit pas pendant le court délai que la loi lui impose, le père donne son consentement tacite au mariage contracté, et nous savons que son consentement suffit, en cas de dissentiment, pour paralyser l'action en nullité de la mère. Si, au contraire, le père meurt, ou devient incapable de manifester sa volonté avant d'avoir expressément approuvé le mariage, nous pensons que la mère pourrait agir, pourvu toutefois qu'elle se trouvât encore dans le délai. « Ce n'est pas, a-t-on dit avec raison ¹, que dans ce cas elle succède au droit qu'avait son mari : elle ne fait que recouvrer la faculté d'user librement d'un droit qui lui est propre. »

La théorie que nous venons d'exposer, et à laquelle nous nous sommes ralliés, est admise par la presque unanimité des auteurs ; il faut signaler pourtant quelques divergences dans la doctrine. C'est ainsi que Marcadé ² décide que la mère ne doit pas pouvoir agir en nullité, puisque son consentement n'était pas indispensable.

Nous croyons que c'est là faire dire à l'article 148 autre chose que ce qu'il dit réellement. Cet article porte que la nullité pourra être demandée « par ceux dont le consentement était requis » ; or, si le consentement de la mère n'est assurément pas indispensable, il n'en est pas moins

1. Dalloz, *Recueil alph.*, v^o *Mariage*, n^o 474.

2. Sur l'art. 182, II.

« requis » : or, la loi a dit « requis », et non pas « indispensable ».

Marcadé compare le droit de la mère au droit de l'aïeul, lequel ne pourrait certainement pas demander la nullité du mariage contracté par un enfant qui, n'ayant avec cet aïeul que sa mère, se serait passé du consentement de celle-ci. Cette comparaison ne peut être considérée comme exempte de reproches ; l'aïeul, il est vrai, ne pourrait agir, mais la loi exige-t-elle donc quelque part que, du vivant de la mère, l'aïeul soit consulté ? L'art. 148 énonce au contraire, en termes exprès, que la mère doit consentir au mariage.

M. Laurent¹ partage pourtant l'avis de Marcadé : il ne croit pas que la mère puisse agir en nullité, la loi n'accordant ce droit qu'aux ascendants dont le consentement était « nécessaire » ; or, fait-il remarquer, le consentement de la mère n'est pas, à proprement parler, « nécessaire », tant que le père vit et qu'il peut manifester sa volonté.—Nous nous bornerons à répondre que, quoi qu'on en dise, ce consentement est en réalité « nécessaire » ; ce n'est qu'en cas de dissentiment que le consentement de la mère n'aurait plus ce caractère ; et, dans l'hypothèse que nous prévoyons, ce dissentiment n'a pu se produire, puisque le père pas plus que la mère n'avait été consulté.

Il n'y a d'ailleurs rien d'illogique à accorder à la mère le droit d'agir en nullité lorsque l'enfant n'a obtenu ni son consentement, ni celui du père ; et à le lui refuser au contraire quand elle seule n'a pas été consultée et que le père a consenti. Dans ce dernier cas, en effet, le dissentiment s'est produit par le fait même du consentement du père en opposition avec le refus de la mère, et dès lors le

1. T. II, n° 457.

mariage est inattaquable ; dans l'autre cas, au contraire, il s'agit d'un mariage nul, et cette nullité pourra être invoquée par le père, et après lui par la mère : ni elle ni son mari n'ayant, en effet, donné leur consentement à ce mariage, le dissentiment qui aurait permis à l'enfant de passer outre ne s'est pas en réalité produit ¹.

Les nullités dont nous nous sommes occupé jusqu'à présent sont des nullités relatives. Passons aux nullités absolues.

On sait qu'il y a nullité absolue :

1° lorsque les époux ou l'un des deux est impubère (art. 144);

2° lorsqu'il existe encore un premier mariage valable (art. 147);

3° si les époux sont parents ou alliés au degré prohibé (art. 161, 162 et 163) ;

4° au cas de défaut de publicité ;

5° enfin au cas d'incompétence de l'officier d'état civil (art. 191).

Dans tous ces cas, la nullité absolue pourra être invoquée par tout intéressé, porte l'art. 184 : par conséquent, les ascendants auront le droit d'agir. Mais le pourront-ils s'ils n'ont qu'un intérêt purement moral? Ou bien est-il indispensable, au contraire, qu'ils aient un intérêt pécuniaire né et actuel?

C'est là une question controversée, dans le détail de laquelle nous n'avons pas à entrer : qu'il nous suffise de rappeler que l'opinion commune accorde aux ascendants

1. Les principaux auteurs qui accordent à la mère cette action en nullité après la mort de son mari sont : Demolombe, t. III, n° 272 ; Duranton, t. II, nos 286 et 277 ; Vazeille, t. I, p. 210, note 22 ; Allemand, t. I, n° 577 ; Massé et Vergé, t. I, p. 210, note 22 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 464 bis, IV ; Aubry et Rau, t. V, pp. 75 et 76, note 46.

le droit d'agir, même alors qu'ils n'auraient qu'un simple intérêt moral ¹.

Le point sur lequel notre sujet nous appelle à insister est celui de savoir si le droit de faire ainsi prononcer une nullité absolue appartient concurremment à tous les ascendants, ou s'ils ne peuvent agir que dans un ordre déterminé. En d'autres termes, les autres ascendants et la mère pourraient-ils agir du vivant même du père et concurremment avec lui?

Nous croyons devoir, sur cette délicate question, nous prononcer pour l'affirmative.

L'opinion contraire a cependant pour elle des autorités considérables. Les raisons qu'on invoque à l'appui de cette théorie, fondées sur le respect dû au pouvoir du père, sont certainement excellentes, et nous convaindraient si elles étaient corroborées par un texte ; mais le Code est de notre côté. L'art. 186 porte en effet que « le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent (c'est-à-dire avant l'âge légal), ne sont point recevables à en demander la nullité ² ».

Lorsque la loi a voulu établir un ordre déterminé entre les ascendants, elle n'a pas manqué de le dire en termes exprès : c'est ainsi que l'art. 173, qui traite du droit d'opposition, porte : « Le père, et à défaut du père, la mère et, à défaut des père et mère, les ascendants, etc... » Rien de semblable dans l'art. 180. Ne faut-il pas en conclure que le droit d'intenter l'action en nullité appartient à tous concurremment ?

Mais il s'agit, nous dit-on, d'une prérogative dérivant

1. En sens contraire : Toullier, t. I, n° 626, et Duranton, t. II, n° 328.

2. Voir aussi l'art. 191.

de la puissance paternelle et qui doit être placée dans les mains où réside cette puissance ¹.

A cela nous pouvons répondre que l'ordre public et les bonnes mœurs sont intéressés à ce que toute nullité absolue soit l'objet d'une action, et que si la loi a donné le droit d'agir à plusieurs personnes, c'est afin de mieux protéger l'intérêt général ainsi engagé.

Il résulte de ce qui précède que, suivant nous, la mère aura le droit d'agir dans le cas où elle n'a pas consenti au mariage, et que ce droit lui appartiendra non seulement quand le père lui-même n'a pas été consulté, mais encore lorsque, l'ayant été, il aura donné son consentement. Le fait que le père ne pourrait pas agir ne peut influencer sur le droit de la mère, qui, n'ayant pas consenti au mariage, n'a rien à se reprocher ².

Les enfants ne peuvent, jusqu'à un certain âge, se marier sans le consentement de leurs père et mère. Les fils majeurs de 25 ans et les filles majeures de 21 ans peuvent se marier même contre la volonté de leurs parents; mais ils sont toutefois tenus de demander leur conseil, sauf à leur signifier en cas de refus, des actes respectueux. La loi a pensé, et avec raison, que l'enfant ne se déciderait pas facilement à recourir à ces actes respectueux; et que le plus souvent il renoncerait à des projets de mariage que ses ascendants désapprouvent, plutôt que

1. Dalloz, v^o *Mariage*, n^o 512.

2. En ce sens : Laurent, t. II, n^o 490; Aubry et Rau, t. V, p. 62, note 26; Massé et Vergé, t. I, p. 204. — *Adde* : Marcadé, sur l'art. 186. Ce dernier auteur, pourtant, tout en professant à l'égard des ascendants la doctrine que nous venons d'exposer, fait exception pour la mère; il ne lui accorde pas le droit d'agir au cas où le père est vivant et a consenti. « L'autorité de la femme se confond, dit-il, et se perd dans l'autorité du mari. » Nous ne saurions admettre cette restriction : les raisons qui nous déterminent sont les mêmes, qu'il s'agisse de la mère ou des ascendants, et l'art. 186 s'applique aussi bien à la mère qu'à ceux-ci.

d'employer, pour passer outre, un semblable moyen. C'est donc surtout dans l'intérêt des enfants que la loi leur a imposé cette obligation, et il ne faut pas voir là seulement une conséquence du devoir auquel ils sont tenus, celui de rendre honneur et respect à leurs ascendants. On peut même se demander s'il y aurait là une marque de ce respect, car en réalité ces actes, il faut le dire, n'ont de respectueux que le nom.

L'enfant doit donc adresser des actes respectueux à son père et à sa mère. Les fils, de 25 à 30 ans, et les filles, de 21 à 25 ans, doivent les renouveler trois fois, de mois en mois; au-dessus de 30 ans pour les fils, et de 25 ans pour les filles, un seul acte suffit. Un mois après le dernier ou l'unique acte respectueux, l'officier de l'état civil peut procéder au mariage. (Art. 151, 152 et 153.)

L'enfant est tenu, sous cette forme, de demander conseil à la fois à son père et à sa mère. En supposant que tous deux refusent leur consentement, deux actes distincts seront évidemment nécessaires : et un seul ne suffirait pas, même adressé au père avec la mention « qu'il est fait tant pour lui que pour la mère », et que le père l'a accepté en son nom et au nom de sa femme ¹.

Nous croyons en outre qu'une seule copie ne suffirait pas, la mère n'étant pas légalement représentée par le père ².

Il peut se faire que l'un des parents seulement refuse son consentement; que devra faire l'enfant en ce cas? — Si le refus émane du père, il est certain que le fait que la mère consent ne saurait dispenser l'enfant de prendre l'avis

1. Demolombe, t. III, n° 62; Aubry et Rau, § 463, note 14; Duranton, III, n° 106; Merlin, *Quest.*, *Actes respectueux*, § 3. — *Adde* : Douai, 15 janvier, 1815 (Sirey, 16, 2, 114).

2. Voir en sens contraire : Coffinières, *Encyclopédie*, n° 41 et 9 janvier 1824 (Sirey, 1825, 2, 376).

du père, et de lui adresser les actes ou l'acte respectueux. Mais que décider si c'est au contraire la mère qui refuse son consentement, alors que le père a déjà donné son approbation? — Dans ce cas, nous déciderons que l'enfant ne sera pas tenu d'adresser à sa mère des actes respectueux, puisque le consentement de celle-ci ne lui est pas nécessaire pour se marier du moment qu'il a obtenu celui du père. Tout ce que l'enfant doit faire, c'est d'établir le dissentiment. Par quel moyen y arrivera-t-il? C'est là une question que nous avons déjà examinée¹. Nous avons vu que certains auteurs estiment que le meilleur moyen serait encore de recourir à un acte respectueux, et que d'autres se prononcent plutôt pour un acte d'huissier.

Nous avons terminé en ce qui concerne le devoir des enfants de requérir le consentement ou de demander le conseil de leurs père et mère.

Nous avons maintenant à examiner un autre point qui se rapporte au mariage des enfants : c'est celui qui concerne la dot que les parents peuvent être appelés à leur fournir.

Nous avons déjà exposé que, comme les Coutumes, le Code n'a pas voulu que les parents fussent tenus de doter leurs enfants². Il a pourtant, tout en consacrant le principe « ne dote qui ne veut », considéré la constitution de dot comme une aliénation digne de faveur, et il l'a soumise à des dispositions spéciales qu'il nous faut étudier.

1. *Vide supra*, p. 47.

2. On s'est demandé si les père et mère ne sont pas du moins tenus à cet égard d'une obligation naturelle. Voir en ce sens : Toullier, t. XII; Aubry et Rau, § 297, note 8, et § 500, note 4, n° 325; Troplong, t. II, n° 1208. — *Adde* : Req., 14 juin 1827 (Sirey, 27, 1, 474). — En sens contraire : Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 174 bis, X.

Nous nous proposons d'ailleurs de parcourir brièvement les diverses hypothèses à prévoir, car si cette matière touche à notre question, — puisque c'est comme mère que la femme est appelée à doter ses enfants, — elle se rapporte surtout aux rapports pécuniaires entre les époux sous les divers régimes matrimoniaux.

1° — *Père et mère mariés sous le régime de la communauté légale.*

Les règles seront différentes, suivant que la dot aura été constituée par le père seul ou par les deux époux conjointement.

a). — *Dot constituée par le père seul. (Art. 1439.)*

La dot sera à la charge de la communauté, et pour savoir si la mère sera ou non obligée, il faudra attendre la dissolution, car elle sera obligée ou non suivant qu'elle aura accepté la communauté ou qu'elle y aura renoncé. Dans le cas d'acceptation, elle devra supporter la moitié de la dot, du moins jusqu'à concurrence de son émolument s'il se trouve inférieur à la moitié de cette dot¹.

Pour que la mère soit tenue même au cas d'acceptation de la communauté, il faut que le père ait voulu obliger la communauté : cette intention devra d'ailleurs se présumer, et il ne serait pas nécessaire qu'il déclarât expressément que la dot est fournie par la communauté.

Mais il peut se faire que le mari ait voulu prendre à sa

1. Le législateur de 1803 a mis fin par cet art. 1439 à une controverse qui s'était élevée dans l'ancien droit. Certains auteurs, notamment Lebrun, liv. II, chap. II, sect. n° 14, invoquant le principe « ne dote qui ne veut », soutenaient que la mère, même acceptante, ne devait pas être tenue de la dot. Cette solution était d'autant plus bizarre que, dans l'ancien droit, le mari chef de la communauté était libre de faire des libéralités même à un étranger. L'opinion contraire, soutenue par Pothier, l'emporta, et c'est celle qui a été adoptée par le Code civil.

charge personnelle soit la totalité de la dot, soit une partie de cette dot supérieure à la moitié¹. Dans ce cas, la mère, quoique acceptante, ne sera pas tenue de la dot ou n'en sera tenue que pour moins de moitié. Pour que ce résultat se produise, une déclaration expresse de la part du père est indispensable.

Certains auteurs² ont pensé pourtant que, s'il résultait des circonstances que le mari a voulu prendre à sa charge la totalité de la dot, une déclaration expresse ne serait pas nécessaire. Nous croyons qu'une telle intention ne pouvant se présumer, il ne faudrait pas l'induire de simples conjectures. Seulement, il est certain que la loi n'exige nullement l'emploi des termes sacramentels; quelle que soit la formule dont le mari se sera servi, elle produira son effet, pourvu qu'elle ne soit pas équivoque. C'est ainsi qu'il a été jugé que le père serait censé avoir voulu constituer *seul* la dot s'il avait déclaré le faire en avancement d'hoirie³.

Supposons maintenant que le mari ait déclaré se charger de la moitié de la dot : faut-il interpréter cette clause *potius ut valeat quam ut pereat*, et dire en conséquence que le père supportera *seul* cette moitié de la dot et que l'autre moitié tombant en communauté sera elle-même supportée moitié par lui et moitié par la mère : ce qui équivaut à dire que le père supportera les trois quarts de la dot et la mère un quart seulement? — Nous ne croyons pas que telle doive être la solution admise, car ce serait encore là recourir à de simples conjectures, alors que la loi a

1. L'art. 1462 ne permettrait pas au père de mettre à la charge de la mère plus de la moitié de la dot.

2. Pothier, n° 656, et Odier, t. I, n° 234.

3. Douai, 6 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 350).

voulu qu'on s'exprimât clairement, et a exigé une déclaration formelle.

Il nous reste à examiner brièvement la question de savoir si le père peut donner en dot, au détriment de la mère, tous les biens compris dans la communauté.

Si l'on s'accorde pour décider que le mari pourrait disposer de l'universalité des meubles, il n'en est pas de même à l'égard des immeubles.

On a soutenu¹, en s'appuyant sur les art. 1422, 1425 et 1439, que le père ne pourrait donner tous les immeubles de la communauté.

La Cour de cassation, dans un arrêt que critiquent les partisans de l'opinion que nous venons de formuler, a accordé au père le droit de disposer par institution contractuelle de la totalité des biens communs².

Certains auteurs³, tout en admettant que le père pourrait disposer de la totalité des immeubles de la communauté par donation entre vifs, lui refusent ce droit quand il s'agit d'une institution contractuelle.

Enfin, M. Troplong⁴, tout en approuvant la doctrine de l'arrêt précité, admet que la mère aurait droit à une récompense dans le cas « où la dotation serait excessive » et où le père se servirait du prétexte d'une dot pour « dépouiller son épouse, pour l'humilier, pour la mettre à la merci de l'enfant ». Et il ajoute : « Le mari est sans doute seigneur et maître de la communauté, mais il doit agir sans fraude; c'est une règle générale. Or, il

1. Duranton, tome XIV, n° 281.

2. Req., 2 janvier 1844. (Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 1174.) — Voir aussi Rodière et Pont, t. I, n° 664.

3. Zachariæ (Massé et Vergé), t. IV, p. 90, note 9, et 92, note 12; Marcadé, sur l'art. 1423.

4. T. II, n° 1212.

« y aurait fraude dans sa conduite s'il avait eu la secrète
« pensée d'appauvrir et d'humilier sa femme, de blesser
« son cœur de mère et d'épouse, et de la placer sans mo-
« tifs légitimes dans une dépendance dégradante à l'égard
« de ses enfants ¹. »

Cette solution de M. Troplong est inspirée par des raisons de sentiment, et il serait peut-être désirable, en effet, que le loi conférât à la mère le droit qu'on réclame pour elle : mais l'interprétation ne peut suppléer au silence du législateur. Et comment pourrait-il être question de récompense, alors que l'art. 1437 ne parle de récompense que pour le cas où l'un des époux a tiré un profit des biens de la communauté? Or, le père, dans notre cas, ne fait aucun profit et n'a aucun avantage personnel à doter les enfants communs. Quant à la réduction que pourraient, d'après M. Troplong, prononcer les tribunaux, un texte serait nécessaire pour leur attribuer un tel droit, sinon ce serait ajouter à la loi, et conférer aux juges un pouvoir en quelque sorte discrétionnaire. Quand, en effet, pourrait-on alléguer que la mère est dénuée de biens? L'arbitraire des juges ne rencontrerait aucune borne dans cette détermination, la loi n'ayant, par aucune disposition expresse, admis une limite quelconque à la libéralité du père envers les enfants communs.

Reste le cas de fraude ; la mère, si la fraude est prouvée, aura certainement le droit d'agir ; mais ce n'est pas la réduction qu'elle pourra demander aux juges, c'est la nullité, tout acte frauduleux étant nul et non réductible ².

1. Troplong, t. II, n° 902. — Ce système était admis autrefois par d'Argentré (*Coutume de Bretagne*, art. 404). D'Argentré attribuait à la mère, dépourvue de tous biens par suite de la dotation faite par le père, une part dans les conquêts.

2. Il est à remarquer que l'arrêt du 2 janvier 1844, cité plus haut, ne

Nous arrivons ainsi à la seconde hypothèse :

b). — *Dot constituée par les père et mère conjointement.*

Cette hypothèse est bien différente de celle où le père a doté seul les enfants communs. Si la mère dote conjointement avec le père, elle sera tenue, non plus seulement comme femme commune, ainsi que dans le cas précédent, mais personnellement, et son obligation sera par suite tout à fait indépendante du fait de l'acceptation ou de la répudiation de la communauté¹; elle sera même tenue au delà de son émolument, si cet émolument est inférieur à sa part dans la dot fournie, l'art. 1483 ne s'appliquant qu'aux dettes de la communauté et non aux dettes personnelles de chacun des époux. Pour la même raison, il faut dire que l'obligation de la mère sera tout aussi étendue, même dans le cas où elle aurait stipulé la reprise de son apport franc et quitte.

Pour que la mère se trouve ainsi obligée personnellement, il ne suffirait pas qu'elle fût présente au contrat de mariage : elle peut en effet n'y être appelée que *honoris causa*, et pour assister moralement son enfant. Elle n'y aurait en ce cas qu'un rôle analogue à celui des autres parents plus éloignés, qui sont présents au contrat, mais qui n'ont aucun rôle actif à y jouer. Il faut, pour

toucher pas cette question; dans l'espèce la mère possédait des biens propres; elle n'était donc pas dans un état de dépendance pécuniaire à l'égard de ses enfants.

1. L'unanimité des auteurs décide que la dette de la mère est personnelle et que, par conséquent, elle reste tenue même si elle renonce; cette doctrine a pour elle l'autorité de Pothier (*Traité de la communauté*, n° 655). Voir aussi Brodeau, sur Louet, lettre R, somm. 54, n° 12. — Dumoulin seul prétendait que la femme renonçante ne continuait plus à être obligée. (Dumoulin, *Sur la coutume de Paris*, § 115, n° 1.) — Sauf un arrêt de Bordeaux, en date du 17 janv. 1854 (Dalloz, 1855, 2, 212), la jurisprudence est d'accord avec la doctrine pour décider que la dette de la mère est une dette personnelle.

que la mère soit obligée, qu'elle ait figuré comme donatrice au contrat, qu'elle ait été stipulante, et ce n'est qu'en ce cas qu'elle sera tenue de la moitié de la dot, en vertu de l'art. 1438¹.

On a fait remarquer que le législateur aurait dû faire supporter aux époux cette charge proportionnellement à leur fortune. Mais il faut se dire qu'il n'a pas voulu que les tribunaux eussent à entrer dans des calculs souvent difficiles et qui auraient soulevé de fréquentes difficultés. D'ailleurs, les époux dont les fortunes sont réellement disproportionnées n'ont qu'à fixer eux-mêmes, par une clause expresse, la part contributoire de chacun d'eux dans la dot.

Les époux dotant conjointement seront tenus chacun personnellement pour la moitié ou pour la partie que chacun aura promise. Mais à défaut de clause expresse, il ne peut y avoir solidarité entre les promettants.

De ce que les époux sont personnellement tenus, il résulte que si la dot se trouve avoir été payée par la communauté, récompense sera due par les père et mère. Si, avant la dissolution de la communauté, la dette n'a pas encore été acquittée, elle ne pourra faire l'objet d'un prélèvement exercé avant le partage de la communauté. L'enfant devra attendre le partage pour agir ensuite personnellement contre ses père et mère, chacun pour leur part sur les biens tombés dans leurs lots respectifs².

Il peut se faire que la dot ait été constituée avec clause

1. La mère peut, tout en étant partie au contrat, ne vouloir s'obliger qu'hypothécairement; dans ce cas, elle ne sera tenue qu'après discussion des biens du père.

2. Voir Tessier, t. I, p. 143, n° 257. — Adde : Bordeaux, 26 juillet 1816 ; Paris, 6 juillet 1813. (Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 1214.)

d'avancement d'hoirie imputable sur la succession du prémourant. En ce cas, la dot sera censée, jusqu'à la mort de l'un des époux, constituée par moitié; mais lorsque l'un d'eux mourra, elle devra être prise en entier sur sa succession, et, si elle est encore due, la perte qui pourra résulter de l'insolvabilité de l'un des époux sera pour l'enfant et non pour l'autre époux ¹.

c). — *Dot constituée par la mère seule.*

Il nous faut dans cette hypothèse distinguer un certain nombre de cas.

Il peut se faire que la mère ait constitué la dot en effets de communauté.

Si c'est en vertu d'un mandat du père que la mère a promis cette dot, cette constitution aura le même effet que si elle était faite par le mari lui-même.

Si au contraire le mari n'a fait que donner à la mère son autorisation, il ne s'oblige pas lui-même, il est seulement censé avoir voulu renoncer aux fruits des biens que la mère a donnés en dot : en ce cas, la mère est seule tenue de supporter la dot ², et si cette dot a été acquittée par la communauté, récompense sera due à celle-ci. Mais de ce que l'obligation de la mère est purement personnelle, il ne s'ensuit pas qu'il faille aller jusqu'à dire avec Troplong ³ que la communauté, ou plutôt le mari comme chef de la communauté, ne serait même pas obligée envers l'enfant, avec recours vis-à-vis de la mère pour la récompense. C'est bien la mère qui seule est tenue de supporter en définitive la

1. En ce sens : Cass., 11 juillet 1814. (Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 1222.) — Voir en sens contraire : Paris, 11 janvier 1819.

2. Dans l'ancien droit, Ferrières prétendait pourtant que la mère renonçant à la communauté ne serait plus tenue que de la moitié de la dot : c'est une solution contraire à la théorie de la personnalité de la dette (*Coutume de Paris*, art. 229, § 4, n° 49.)

3. T. I, n° 1230.

charge de la dette résultant de la constitution de la dot, mais la communauté elle-même est tenue, sauf récompense, de l'obligation du paiement de cette dette comme de toutes celles que contracte la femme du consentement du mari.

La mère peut aussi constituer la dot en biens propres, soit avec l'autorisation du mari, soit avec celle de justice (art. 217 et 218); mais dans ce dernier cas elle devra laisser l'usufruit de ces biens au mari.

2°. — *Père et mère mariés sous le régime sans communauté.*

Sous ce régime, la mère pourra doter ses enfants sur ses biens avec l'autorisation de son mari ou avec celle de justice (art. 1535); mais dans ce dernier cas encore l'usufruit devra être conservé au père.

3°. — *Père et mère mariés sous le régime de la séparation de biens.*

Sous ce régime, la mère pourra assurément doter ses enfants, mais pour aliéner ses immeubles elle aura besoin de l'autorisation de la justice. Elle devra pourtant conserver un revenu suffisant pour contribuer aux dépenses du ménage, sans quoi le père pourrait demander cette part contributoire aux intérêts produits par les biens constitués en dot par la mère à son enfant.

4°. — *Père et mère mariés sous le régime dotal.*

a). — *Dot constituée par le père seul.*

Si la dot n'est constituée que par le père seul, la mère ne sera pas tenue, même si elle est présente au contrat et que le père déclare doter pour droits paternels et maternels ¹.

1. Dans l'ancien droit, la question faisait doute. Catelan, liv. IV, chap. LXX et Serres, *Instit.*, p. 72, voulaient que la mère fût obligée. La loi 7 du Code, *De dotis promiss.*, ne mettait la dot à la charge exclusive du père que s'il avait doté seul. L'opinion contraire avait pourtant prévalu; c'est celle qu'a consacrée le Code civil.

b). Père et mère dotant conjointement.

Si le père et la mère, sous le régime dotal, ont doté conjointement, chaque époux sera tenu par moitié; et si l'un des deux devient insolvable, cette insolvabilité sera supportée par le donataire ¹.

Il faut remarquer que si les époux avaient stipulé une société d'acquêts, il faudrait combiner les règles du régime dotal avec les règles admises pour la communauté.

c). Mère dotant seule.

La mère a des biens dotaux et des biens paraphernaux.

En ce qui concerne les biens paraphernaux, la mère peut les donner en dot à ses enfants avec l'autorisation de son mari ou celle de justice ².

En ce qui concerne les biens dotaux, la question est plus complexe.

Les immeubles dotaux sont inaliénables, mais on sait que ce principe subit plusieurs exceptions qui s'expliquent par des raisons de nécessité ou de faveur, et que l'une de ces exceptions a été admise en faveur des enfants. L'art. 1556 permet en effet à la mère de doter ses enfants avec l'autorisation du mari : il y a là l'accomplissement d'une obligation naturelle, et les motifs qui ont déterminé le législateur à rendre les biens dotaux inaliénables, loin de s'opposer, au cas dont il s'agit, à l'aliénation de ces

1. Le Parlement de Grenoble avait décidé que la mère, au cas d'insolvabilité du père, paierait la totalité de la dot. Son arrêt fut cassé depuis la confection du Code (Req., 6 août 1806).

2. Il faut faire, pour le cas où tous les biens seraient paraphernaux, la même réserve que celle que nous avons faite pour le régime de séparation de biens.

biens, doivent au contraire la favoriser. Ce n'est pas, en effet, comme en droit romain, dans l'intérêt d'un second mariage de la femme que notre loi lui permet de sauvegarder sa dot par le régime dotal ; c'est avant tout pour conserver ses biens dans la famille et pour lui permettre à elle-même d'en garder et d'en transmettre intactes la propriété et la jouissance. N'est-ce pas remplir ce double but que de lui permettre d'assurer en même temps l'avenir de sa famille et d'accomplir une obligation morale qui a pour elle le caractère d'un devoir ?

Pourrait-on remplacer l'autorisation du mari par celle de justice ?

La majorité des auteurs enseignent la négative ².

On pourrait invoquer contre cette opinion l'art. 219 qui permet à la femme de s'adresser à la justice quand son mari lui refuse son autorisation. Mais nous pensons que l'art. 1556 a dérogé à cette règle : en effet, si on le rapproche de l'art. 1555, on constate que celui-ci permet à la mère de se faire autoriser par le juge quand il s'agit de l'établissement de ses enfants d'un premier lit, en réservant dans ce cas au mari l'usufruit des biens donnés. L'art. 1556, au contraire, ne parle que de l'autorisation du mari ; n'en faut-il pas conclure que cette autorisation ne pourrait, en ce cas, être remplacée par celle de justice ?

La loi a pu supposer que le second mari ne sera pas bien disposé en faveur des enfants du premier mariage de sa femme, et c'est pourquoi elle a dû prendre des précau-

1. Delvincourt, t. III, p. 107 ; Benoit, t. I, 61 ; Sériziat, n° 154 ; Aubry et Rau, t. V, § 537, note 100 ; Laurent, t. XXIII, n° 108. — En sens contraire : Toullier, t. XIV, n° 191.

tions pour le cas où sans bonnes raisons il refuserait de donner son consentement à la constitution de dot.

Quand il s'agit au contraire d'enfants communs, la loi suppose nécessairement que le père comme la mère n'a en vue que leur intérêt et que, s'il refuse son autorisation, c'est qu'il a des motifs sérieux de le faire; or, on sait que toutes les fois qu'il y a dissentiment entre les vues de la mère et celles du père, c'est à celui-ci que la loi a toujours accordé la prépondérance ¹.

Les partisans de l'opinion contraire invoquent un passage du rapport de Duveyrier au Tribunal. Cet orateur s'exprimait ainsi : « La femme peut aliéner le fonds dotal, « en réservant la jouissance à son mari, pour l'établissement des enfants d'un premier mariage, ou sans réserve « de jouissance pour les enfants communs. Et dans ces « deux cas elle n'a besoin que du consentement du mari; « ce n'est qu'à défaut de ce consentement qu'elle a « recours à l'autorisation du juge. » Il semble, dit-on, ressortir de ces paroles que l'autorisation de justice peut remplacer celle du mari toutes les fois que celle-ci fera défaut, qu'il s'agisse de l'établissement d'enfants du premier lit ou d'enfants communs.

L'argument serait logique si l'orateur avait eu pour but de déterminer les cas dans lesquels l'autorisation de justice pourrait être remplacée par celle du mari, mais Duveyrier ne voulait que séparer les cas où l'aliénation des biens dotaux est permise avec l'autorisation du mari (art. 1556) de ceux où elle n'est permise qu'avec celle de justice (art. 1558). Et en effet, il continue en ces

1. *Sic* : Arrêt de Limoges, 2 sept. 1835 (Sirey, 35, 2, 513), infirmant la décision des tribunaux qui avait accordé l'autorisation. — Voir pourtant en sens contraire : Rouen, 24 décembre 1841 (Sirey, 42, 2, 77).

termes : « Les époux peuvent encore aliéner le bien dotal, mais ici l'autorisation de justice est indispensable ¹... »

Sil'on prenait d'ailleurs à la lettre ces paroles de Duveyrier, il faudrait dire que la mère doit toujours réserver au mari l'usufruit des biens constitués en dot aux enfants du premier mariage, qu'elle ait été autorisée par le mari ou qu'elle l'ait été par la justice, ce qui serait absolument contraire à l'art. 1555, qui ne prescrit la réserve de l'usufruit que dans ce dernier cas seulement.

Passons aux meubles dotaux.

La mère pourrait-elle les donner en dot à ses enfants et sous quelles conditions ?

La solution de cette question dépend de celle qu'on adopte par rapport à l'aliénabilité de la dot mobilière sous le régime dotal.

Si on la regarde comme aliénable, il faut permettre à la mère d'en disposer au profit de ses enfants. Il en serait évidemment autrement, et elle ne pourrait en disposer si l'on admet l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Quelles sont les limites du droit reconnu à la mère, mariée sous le régime dotal, d'aliéner sous certaines conditions ses biens en faveur de ses enfants ?

Il est d'abord constant que le droit qu'a la mère de donner à ses enfants ses biens dotaux lui est reconnu non seulement pour la dot elle-même, mais pour tout établissement des enfants. (art. 1556 et 204.) Il s'appliquerait par exemple à l'achat d'une charge d'officier ministériel ou d'un fonds de commerce, au versement d'un cautionnement, etc.

1. Dalloz, v^o *Contrat de mariage. Prélim. Histor*

Nous croyons pourtant ¹ que le mari ou les tiers agiraient prudemment en faisant constater judiciairement l'emploi ainsi fait du bien dotal, afin que la donation ne risque pas d'être annulée par la suite.

La mère a-t-elle seulement le droit de donner à ses enfants le bien dotal pour leur procurer un établissement, ou bien pourrait-elle aussi, dans le même but, aliéner ou hypothéquer ses immeubles ?

La grande majorité des auteurs et un grand nombre d'arrêts tranchent la question affirmativement. Il serait d'ailleurs la plupart du temps bien peu raisonnable de défendre à la mère d'hypothéquer ses immeubles pour se procurer la somme d'argent nécessaire, et de la forcer à donner l'immeuble lui-même : n'est-il pas évident que si c'est par exemple une charge que l'enfant doit acheter, il vendra immédiatement l'immeuble pour se procurer la somme dont il a besoin, et ne vaut-il pas mieux permettre à la mère de pourvoir à l'établissement de son enfant, soit en gardant son immeuble, soit en l'aliénant elle-même ² ?

Dans le même ordre d'idées, il nous faut encore, pour compléter ce que nous avons à dire à ce point de vue, nous occuper du *rapport de la dot*.

La dot, comme toute libéralité, est rapportable à la succession du donateur : (art. 850.) Il va de soi que pour savoir s'il y a lieu à ce rapport, c'est du paiement et non de la constitution qu'il faut tenir compte. C'est ainsi qu'au cas où la dot aurait été constituée solidairement par le père et la mère, et où celle-ci aurait acquitté l'intégralité

1. Cf. Duranton, t. XV, n° 494.

2. En ce sens : Tessier, t. I, p. 66 ; Toullier, t. V, p. 286 ; Odier, t. III, n° 1284 ; Rodière et Pont, t. III, 1794 ; Aubry et Rau, § 537 ; Laurent, t. XXIII, n° 523 ; Rouen, 23 juin 1835 (Sirey, 36, 2, 93) ; Req., 1^{er} avril 1845 (Sirey, 45, 1, 256). — *Contrà* : Caen, 23 avril 1847.

de la somme promise, le rapport à sa succession comprendrait toute la somme donnée et non pas seulement la moitié ¹.

Si la donation a été faite par le mari chef de la communauté, elle sera tenue, comme nous l'avons dit, de la moitié de la dot, et par conséquent c'est de cette moitié que rapport sera dû à sa succession.

On s'est demandé pourtant si le père ne pourrait dispenser le donataire de rapporter la dot à la succession de sa mère. C'est là une question qui se rattache à celle de savoir si le père peut donner aux enfants tous les biens de la communauté.

Mais de ce que l'on admet, comme nous l'avons fait, que le mari peut donner la totalité des biens communs, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'on doive aussi admettre qu'il puisse dispenser le donataire du rapport.

Ce droit de dispenser le donataire du rapport est un droit exclusivement personnel, et la loi n'a pu permettre au mari de l'exercer au nom de sa femme si elle accepte la communauté; la dispense de rapport produira donc son effet vis-à-vis du mari pour sa part; c'est-à-dire pour la moitié de la dot, et elle restera inefficace pour la seconde moitié ².

Si la dot a été constituée et payée par chacun des deux époux, elle sera rapportable à la succession de tous deux.

1. En ce sens : Amiens, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 408). Cet arrêt est approuvé par Laurent, t. XXI, n° 174. Même solution pour le cas où la dot a été fournie en biens propres à l'un des époux (Laurent, n° 175).

2. La cour de Douai a tranché la question en ce sens, le 26 janvier 1861 (Sirey, 61, 2, 372) : « Attendu, porte cet arrêt, que le rapport en matière de donation est la règle générale et que la dispense doit procéder de la volonté personnelle du *de cujus*, qu'aucune disposition n'autorise le mari à disposer au profit de l'un de ses enfants de la quotité disponible de la succession de sa femme... »

Si la mère seule a constitué la dot, c'est à sa succession seule qu'on devra la rapporter, et ce, sans distinguer si la dot a été fournie en biens communs ou en biens propres à la mère ; mais nous rappelons que dans le premier cas récompense sera due à la communauté.

Nous n'insistons pas plus longtemps sur cette question qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer, ne se rapporte qu'indirectement à notre sujet ; il nous suffit d'avoir indiqué et précisé brièvement l'étendue de l'obligation et des droits de la mère en ce qui concerne la dot, que son affection maternelle, à défaut de la loi, l'engage à constituer à ses enfants.

II. — CONSENTEMENT DE LA MÈRE A L'ADOPTION ET A LA TUTELLE OFFICIEUSE DE SES ENFANTS

« L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant
« la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses
« père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa
« vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le
« consentement donné à l'adoption par ses père et mère,
« ou par le survivant ; et s'il est majeur de 25 ans, de re-
« quérir leur conseil. »

Telle est la règle établie par la loi (art. 346).

Le législateur s'est ainsi montré plus sévère pour l'adoption que pour le mariage ; pour le mariage, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit ; l'adoption au contraire devient impossible en cas de dissentiment entre les parents : la loi exige en effet le consentement des *père et mère*.

Ce point a été cependant contesté par Marcadé¹. Selon

1. Sur l'art. 346, VI. — Cf. Riffé, *de l'Adoption*, p. 54.

lui, la disposition de l'art. 148 aux termes de laquelle en cas de dissentiment, le consentement du père suffit pour le mariage, serait une disposition de détail qui devrait s'appliquer à l'adoption comme au mariage. Il nous serait impossible d'accepter une pareille assimilation : l'adoption et le mariage sont deux choses essentiellement différentes, et l'on ne peut appliquer à l'une les règles édictées pour l'autre ; le texte est d'ailleurs formel puisqu'il exige le consentement des deux parents. Ajoutons qu'il est inadmissible de considérer la disposition qui accorde la prépondérance au consentement du père comme une disposition de détail ; [nous la regardons au contraire comme une disposition des plus importantes, et qui s'explique uniquement par la faveur due au mariage ; elle ne pourrait en aucun cas, par conséquent, s'étendre en dehors des termes de la loi ¹ qui est bien loin d'accorder à l'adoption la même faveur qu'au mariage ². L'adoption n'est-elle pas une dérogation à la constitution normale de la famille dont le mariage est la seule base naturelle ? Le législateur, désireux d'assurer le développement de la population, a soigneusement entouré de restrictions tout essai qui pourrait être tenté pour se créer une famille en empiétant sur la famille naturelle : l'adoption imite la nature, mais elle ne la remplace pas.

Il nous faut examiner maintenant quelles seraient les conséquences du défaut de consentement des père et mère où de l'un d'eux, ou encore de l'absence d'acte respectueux.

1. En ce sens : Demolombe, t. IV, n° 32 ; Duranton, t. III, n° 289 ; Duccauroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 517 ; Demante et Colmet de Sancerre, t. I, n° 79 bis ; Laurent, t. IV, n° 204 ; Bernard, *Histoire de la puissance paternelle en France*, p. 197 ;

2. Cf. Oudot, *le Droit de famille*, p. 470.

L'adoption sera-t-elle nulle, et, si cette nullité est admise, doit-on la considérer comme une nullité absolue ou comme une nullité purement relative?

Sur la question de savoir si l'adoption à laquelle les père et mère n'ont pas consenti serait nulle, il faut remarquer que le Code ne prononce pas expressément cette nullité, mais qu'elle semble bien résulter des termes mêmes qu'il a employés. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 355 le tribunal est appelé à vérifier si toutes les conditions de la loi sont remplies, et que l'art. 350 lui donne le droit de décider qu'il n'y a pas lieu à adoption, ce qu'il devra faire toutes les fois que ces conditions n'auront pas été remplies.

Aussi la grande majorité des auteurs décident que l'adoption est nulle lorsque les conditions exigées n'ont pas été exactement remplies¹.

M. Demolombe distingue cependant parmi les conditions exigées pour l'adoption, et s'il admet la nullité au cas de défaut de consentement des père et mère ou de l'un d'eux, il ne croit pas que le même résultat puisse se produire si l'enfant avait seulement négligé de leur adresser un acte respectueux². Cette distinction nous paraît arbitraire, attendu que la loi n'a pas distingué entre les diverses conditions qu'elle a exigées. Quant à l'argument de l'analogie avec le mariage, nous avons expliqué pourquoi nous ne croyons pas devoir en tenir compte, la loi ayant, comme nous l'avons dit, établi entre le mariage et l'adoption des différences profondes, et telle cause qui ne rendrait pas

1. Odilon Barrot, *Encyclopédie* (v^o *Adoption*, n^o 32); Duranton, t. III, n^o 329.

2. Demolombe, t. VI, n^o 196. — M. Demante (II, n^o 80 *bis*, V) va même plus loin et décide qu'il n'y a pas nullité même quand il s'agit non pas seulement du conseil, mais du consentement des père et mère.

nulle mariage, pouvant être, selon nous, de nature à faire annuler l'adoption.

La jurisprudence ¹ s'est prononcée en ce sens.

En admettant avec nous que l'adoption soit nulle, par qui cette nullité pourrait-elle être demandée? Tout intéressé aurait-il le droit de l'opposer ou au contraire ce droit serait-il réservé à certaines personnes déterminées? En d'autres termes, la nullité serait-elle absolue ou relative?

Nous croyons avec MM. Aubry et Rau ² et Laurent ³ que la nullité serait absolue ⁴.

Une telle nullité, nous le reconnaissons, ne serait que relative s'il s'agissait de mariage, mais nous devons encore répéter qu'on ne saurait assimiler le mariage et l'adoption.

En résumé, l'adoption sera nulle toutes les fois que l'adopté n'aura pas le consentement de ses père et mère, ou n'aura pas requis leur conseil. La mère pourra demander la nullité de l'adoption à laquelle elle n'aura pas consenti, ou pour laquelle son conseil n'aura pas été demandé, sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter du point de savoir si le père a consenti ou s'il a été consulté.

L'art. 361, relatif à la tutelle officieuse, exige, comme le fait l'art. 346 pour l'adoption, le consentement des père et mère. Les mêmes règles doivent s'appliquer et le défaut de consentement de la mère serait donc un obstacle pour la tutelle officieuse comme pour l'adoption: il ne faut pas oublier, en effet, que cette tutelle n'est que le préliminaire de l'adoption.

1. Colmar, 28 juillet 1821 (Sirey, 21, 2, 288); Req., 24 août 1831 (Sirey, 31. 4, 321); Angers, 25 août 1839 (Sirey, 39, 2, 401).

2. § 558, note 6.

3. T. IV, n° 229.

4. En sens contraire: Demolombe, t. VI, n° 204.

III. — CONSENTEMENT DE LA MÈRE POUR PERMETTRE A L'ENFANT D'ENTRER DANS UNE CONGRÉGATION RELIGIEUSE OU DE PRONONCER DES VOEUX.

C'est là une matière qui n'est pas traitée dans le Code civil; elle a été réglée par deux décrets, celui du 18 février 1809 et celui du 29 février 1810, le premier relatif aux filles, le second aux fils mineurs.

Aux termes de ces décrets, les filles mineures de 21 ans ne peuvent prononcer des vœux que si elles sont munies du consentement de leurs père et mère.

Il en est de même pour les fils mineurs de 25 ans. En cas de dissentiment, le consentement du père suffit. On voit que le législateur a admis, en ce qui concerne le consentement des père et mère pour permettre à l'enfant d'entrer dans une congrégation religieuse, la même règle que pour le mariage.

Nous avons vu qu'il en est autrement de l'adoption : il faut en conclure que la loi voit avec faveur l'admission dans les ordres sacrés comme elle voit avec faveur le mariage, tandis que pour les raisons que nous avons énoncées elle s'est toujours montrée moins favorable à l'adoption.

IV. — DROIT POUR LA MÈRE D'ACCEPTER UNE DONATION FAITE A SON ENFANT MINEUR

L'art. 935 est ainsi conçu : « La donation faite à un mineur émancipé ou à un mineur non émancipé devra être acceptée par son tuteur... Néanmoins, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. »

Le législateur de 1803 a reproduit à peu de choses

près dans cet article les termes mêmes de l'art. 7 de l'ordonnance de 1731. Cette disposition n'a pas laissé que de soulever de vives protestations devant le Conseil d'État.

On fit remarquer que c'était là une disposition injurieuse pour le père; qu'on empiétait ainsi sur des droits qui devaient exclusivement lui appartenir pendant le mariage, puisque c'est lui qui exerce seul la puissance paternelle.

L'article comptait néanmoins un grand nombre de partisans qui en obtinrent le maintien. On répondait, eu effet, que le père pouvait avoir intérêt à refuser la donation faite à son enfant : ne peut-il se faire qu'il soit lui-même l'héritier présomptif du donateur, et qu'il soit ainsi porté à sacrifier l'intérêt de son enfant au sien propre ?

Sans apprécier ces motifs, nous devons constater que ce sont ceux qui ont fait prévaloir l'art. 935¹.

La mère a donc le droit d'accepter une donation que le père refuserait, et elle peut le faire certainement sans autorisation de son mari, sinon son droit serait purement illusoire, car le père qui refuse une donation n'autoriserait pas la mère à l'accepter à sa place.

C'est de la loi et non de son mari que la mère tient son droit ; c'est le législateur qui lui a donné, dans ce cas, mandat d'agir au nom de ses enfants. Les précédents de l'ancien droit ne laissent d'ailleurs aucun doute : sous l'empire de l'ordonnance de 1731, on reconnaissait

1. Voir Loqué, t. V, p. 351.

déjà à la mère le droit d'accepter, sans l'autorisation du mari, la donation faite à ses enfants.

L'art. 935 soulève plusieurs difficultés : c'est ainsi qu'on discute sur le point de savoir si la mère et les ascendants pourraient accepter une donation avec charges. C'est ainsi encore qu'on se demande si le père pourrait intenter une action en nullité contre une acceptation faite en conformité de l'art. 935.

Nous devons nous borner seulement à indiquer ces questions, dont l'examen approfondi sortirait du cadre que nous nous sommes tracé.

CHAPITRE II

CAS OU LES CONDITIONS DU MARIAGE SE TROUVENT MODIFIÉES EXCEPTIONNELLEMENT

Nous avons vu que la mère a, comme le père et au même titre que lui, le droit d'autorité sur ses enfants. Si pendant le mariage le père seul exerce cette autorité, c'est dans l'intérêt des enfants, et pour qu'il y ait unité dans la direction qui leur est donnée.

Mais diverses circonstances peuvent empêcher le père de s'acquitter de ses devoirs et d'exercer ses droits à l'égard de ses enfants. En ce cas, la nature elle-même appelle la mère à remplacer son mari. La mère n'est-elle pas au courant, en effet, de toutes les mesures prises à l'égard des enfants par le père ? Qui peut connaître mieux qu'elle ce qui a été fait, et ce qui reste à faire au point de vue de leur éducation ? C'est donc naturellement à elle que revient le droit et le devoir de remplacer le père qui se trouverait dans l'impossibilité d'agir par lui-même. Dès lors, en effet, il n'y a plus à craindre entre les deux parents un de ces conflits qui seraient si nuisibles aux intérêts des enfants ; et la disparition du motif qui a dû nécessairement faire donner la prépondérance à l'un des

deux parents a pour conséquence logique de faire rentrer la mère dans le plein exercice de ses droits.

Nous parcourrons successivement les divers cas dans lesquels les conditions du mariage peuvent se trouver ainsi exceptionnellement modifiées : absence du père (tant absence de droit présumée ou déclarée qu'absence de fait ou plutôt non-présence), séparation de corps, interdiction, condamnations judiciaires prononcées contre le père, etc.

La plupart des solutions à déterminer étant communes à ces divers cas, nous les indiquerons à propos du plus important, sinon du plus fréquent : l'absence du père, — nous réservant dans les paragraphes suivants d'indiquer les règles particulières à chacun des autres cas.

Nous aurons à expliquer ensuite les dispositions de la loi du 24 juillet 1889, qui enlèvent dans certains cas aux père et mère l'exercice de la puissance paternelle.

SECTION I

CONDITION DE LA MÈRE PENDANT L'ABSENCE DU PÈRE

Indépendamment de l'absence de fait ou simplement non-présence, il faut distinguer deux périodes dans l'absence légale : la première qui s'étend du jour où le père a disparu jusqu'au jour de la déclaration d'absence ; c'est à partir de cette déclaration que commence la deuxième période. La déclaration d'absence ne peut, on le sait, être demandée que quatre ans après les dernières nouvelles ; sur cette demande, une enquête est ordonnée, et le jugement de déclaration d'absence ne peut intervenir qu'un an après le jugement ordonnant l'enquête.¹

Les effets de l'absence relativement à la surveillance

des enfants diffèrent essentiellement suivant qu'on se trouve encore dans la première ou dans la deuxième période.

Nous devons donc les examiner successivement.

§ 1^{er}

PRÉSUMPTION D'ABSENCE DU PÈRE

L'article 144 est ainsi conçu : « Si le père a disparu
« laissant des enfants mineurs issus d'un commun ma-
« riage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera
« tous les droits du mari, quant à leur éducation et à
« l'administration de leurs biens. »

La loi veut, comme nous venons de le voir, que la mère exerce une surveillance sur ses enfants ; mais il s'agit de savoir ce qu'est cette surveillance : s'agit-il d'une tutelle, ou bien au contraire de l'exercice de la puissance paternelle ?

Nous croyons, quant à nous, que les droits que la loi confère à la mère sont exercés par elle en sa qualité de mère et non en qualité de tutrice ; c'est d'ailleurs l'avis de la grande partie de la doctrine.

Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs du titre de l'absence, déclarait pourtant qu'il fallait appliquer au cas d'absence les règles de la tutelle. « Il est conforme, disait-il, aux principes qui vous seront exposés au titre des tutelles, que si la femme de l'absent vit, elle ait la surveillance des enfants ¹. »

Proudhon ² professait de même que la mère, en ce cas,

1. Locré, *Législation civile*, t. II, p. 253, n° 11.

2. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 307. — Cf. dans le même sens, de Moly, n° 200.

est tutrice, et que tous les droits qu'elle exerce sont pareillement exercés en cette qualité.

« La mère, écrivait le savant Doyen de la Faculté de
« Dijon, devient tutrice provisoire de ses enfants mi-
« neurs dès le moment que le père est constitué en pré-
« somption d'absence : cette décision est fondée sur les
« deux dispositions du Code que nous avons citées (art.
« 141 et 142). La première porte que la mère aura la sur-
« veillance des enfants mineurs et qu'elle exercera tous
« les droits du mari quant à leur éducation et à l'admi-
« nistration de leurs biens : les droits du mari quant à
« l'éducation et à l'administration des biens de ses en-
« fants mineurs constituent la tutelle qu'elle exerce sur
« eux ; donc la mère, qui est provisoirement chargée de
« l'exercice de ces mêmes droits, est véritablement une
« tutrice provisoire. La seconde veut que, dans les cas
« où la mère serait morte, le conseil de famille nomme
« aux enfants un tuteur provisoire elle est donc tutrice
« provisoire quand elle existe, puisque les fonctions
« qu'elle remplit sont une tutelle provisoire, lorsqu'à son
« défaut le conseil de famille les défère à un étranger ¹. »

Ces arguments nous paraissent dénués de tout fondement.

Et d'abord s'il est vrai, comme le dit Proudhon, que la mère exerce tous les droits du mari, il est inexact d'ajouter que les droits du mari, quant à l'éducation et à l'administration des biens de ses enfants mineurs, constituent la tutelle qu'il exerce sur eux.

Ce n'est pas là en effet une tutelle, mais bien l'exercice de la puissance paternelle, et en cas d'absence c'est à

1. Proudhon, *loco citato*.

la mère que doit revenir l'exercice de cette autorité qui, comme nous allons le voir, diffère essentiellement de la tutelle.

Le second argument mis en avant par Proudhon repose également sur une véritable confusion. En effet, il importe de distinguer le cas où le père est absent, mais où la mère reste vivante et présente, du cas où, le père étant absent, la mère était prédécédée ou vient à décéder au cours de l'absence. Dans ce dernier cas seulement, la surveillance des enfants doit être confiée, selon le vœu de la loi, à un tuteur provisoire. Mais ce cas n'est-il pas essentiellement différent de celui de l'art. 141 ? Un tuteur sera nommé en ce cas, non parce que le père est absent, mais parce que la mère est décédée ; et la preuve en est qu'alors même que le père serait présent, la tutelle ne s'ouvrirait pas moins, et que le père passerait du rôle d'administrateur légal à celui de tuteur.

Si au contraire la mère est présente et le mari en état de présomption d'absence, il n'y a pas lieu à tutelle.

La tutelle ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage (art. 390), et dans le cas qui nous occupe le mariage n'est pas dissolu. Comment pourrait-il s'agir de tutelle pour un enfant qui a encore son père et sa mère ?

Proudhon se trompe donc encore en ajoutant que le conseil de famille déférera à un tuteur, après le décès de la mère, les fonctions qu'elle remplissait elle-même. Ces fonctions ne peuvent être remplies que par le père et à son défaut par la mère ; eux seuls ont, en effet, l'exercice de la puissance paternelle, mais après le décès de l'un des époux une autre puissance prend naissance, c'est la puissance tutélaire qui, à la différence de la puissance paternelle,

peut être exercée par d'autres parents que le père et la mère, et même par des étrangers.

Concluons que l'art. 141, conférant à la mère tous les droits du mari, l'autorise en cas d'absence à exercer la puissance paternelle.

Nous devons prévoir cependant une objection. On dira peut-être, en effet, que ces art. 141-143, sur lesquels nous nous appuyons, ont été abrogés par les dispositions contenues au titre de la tutelle, qui, ayant été voté le 5 avril 1803, est postérieur au titre de l'absence, qui a été voté le 25 mars de la même année. Ces art. 141-143 n'auraient été en quelque sorte que des pierres d'attente que les rédacteurs du Code civil auraient posées, en attendant qu'ils aient formulé les dispositions relatives à la tutelle, et celles-ci une fois édictées auraient dérogé aux dispositions antérieures, qui se trouveraient ainsi abrogées.

Nous répondrons que le Code, bien que ses divers titres aient été votés successivement et en plusieurs fois, n'en forme pas moins un tout indivisible, et qu'on ne peut considérer certaines de ses dispositions comme étant abrogées par d'autres ¹. La loi du 30 ventôse an XII, dans laquelle il a été promulgué en entier avec son ordre définitif, ne peut laisser de doute sur ce point.

Ce n'est pas tout ! Pour admettre que les dispositions du titre de la tutelle sont applicables au cas de l'absence, il faudrait ajouter à la loi, qui n'ouvre la tutelle qu'au cas de mort. Il est vrai que l'art. 389 porte que le père exerce durant le mariage l'administration légale, mais cet article ne peut, selon nous, s'appliquer qu'au cas

1. Voir Oudot, *le Droit de famille*, n° 323.

où le père serait capable d'exercer cette administration.

La loi a d'ailleurs édicté pour le cas d'absence une disposition expresse qui, par conséquent, constitue une disposition spéciale, dérogeant, pour ce cas exceptionnel, à la disposition générale de l'art. 389. *Specialia generalibus derogant*.

Nous aurons plus tard à examiner des situations analogues, et nous verrons qu'elles présentent plus de difficultés quant à l'attribution à la mère de l'administration légale que le mari se trouverait empêché d'exercer lui-même, au cas par exemple d'interdiction ou de condamnations judiciaires. Dans ces divers cas, en effet, il n'y a pas, comme dans celui qui nous occupe actuellement, une disposition spéciale de la loi.

C'est donc bien la puissance paternelle qu'exerce la mère et non la tutelle.

Rappelons qu'il existe entre ces deux puissances des différences essentielles dont les deux plus importantes sont : l'existence, dans la tutelle, de l'hypothèque légale, et la nécessité de la nomination d'un subrogé-tuteur. La mère pendant la présomption d'absence ne sera donc pas tenue de faire nommer un subrogé-tuteur, et ses biens ne seront pas grevés de l'hypothèque légale du mineur ¹.

On a soutenu pourtant que la nomination et la présence d'un subrogé-tuteur était nécessaire à raison de ce fait

1. Valette, sur Proudhon, t. I, p. 307, note a ; Delvincourt, t. I, p. 45 ; Duranton, t. I, n° 518 ; Toullier, t. I, n° 458 ; Marcadé, sur l'art. 141, II ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, p. 227 ; Plasmann, t. I, pp. 308-312 ; Demolombe, t. II, n° 312 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 181 bis, I ; Massé et Vergé, t. I, p. 162 ; Aubry et Rau, § 160, notes 3 et suiv.

que le patrimoine de l'absent n'est pas constaté par un inventaire.

Il suffit de répondre que la loi n'a prescrit la nomination d'un subrogé-tuteur qu'au cas de tutelle, et qu'ici la mère, n'étant pas tutrice, n'est astreinte à aucune surveillance de ce genre.

Il est pourtant un cas où la présence d'un subrogé-tuteur pourra paraître nécessaire : c'est celui où la mère aurait des intérêts opposés à ceux de ses enfants ; ceux-ci devraient être, dans ce cas, représentés par un subrogé-tuteur.

La mère pendant l'absence du mari reste incapable de s'obliger sans être autorisée par justice : (art. 1427.)

Cette autorisation ne lui serait-elle pas également nécessaire dans le cas où, pendant l'absence du mari, elle agirait, non dans son propre intérêt, mais dans celui de ses enfants ? Et n'y aurait-il pas inconséquence à différencier les deux cas et à n'exiger l'autorisation que dans le premier ?

Proudhon ¹ professe que l'autorisation de justice devrait être requise même pour les actes qu'elle accomplirait dans l'intérêt de ses enfants. Il soutient que la femme doit être autorisée *d'office* toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'*actes de détail nécessaires à l'administration et à l'entretien intérieur de la famille*.

Nous ne saurions ici encore partager l'opinion de Proudhon.

La loi accorde à la mère, quant à l'administration des biens des enfants comme quant à leur surveillance, l'exercice de tous les droits qui appartenaient au mari, et c'est là même un devoir qu'elle lui impose.

Comment s'acquitterait-elle de ce devoir si on lui en en-

1. *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 309.

levait les moyens? Et comment concevoir une administration pour chaque acte de laquelle il faudrait recourir à l'intervention de la justice?

« La femme, comme l'a très bien dit Marcadé, est en soi
« tout aussi capable que l'homme ; si elle est frappée de
« quelque incapacité, ce n'est que dans ses rapports avec
« son mari à la puissance duquel la loi la soumet, et rela-
« tivement au régime auquel sont soumis ses biens. Dès
« qu'elle agit en dehors de ces rapports, elle recouvre
« toute sa capacité ; il ne sera donc pas étonnant qu'elle
« ait, pour l'administration des biens de ses enfants, des
« pouvoirs plus étendus que pour l'administration de ses
« biens propres ¹. »

Nous pouvons aller plus loin et dire qu'il serait peut-être même désirable que la femme appelée à administrer ses biens jouit à cet effet d'une entière liberté ; mais de ce que le Code lui a refusé à tort ou à raison cette liberté, faut-il donc aller jusqu'à lui enlever, en fait et en pratique, un autre droit qui lui est expressément reconnu ?

Nous avons dit que la mère, pour l'administration des biens de ses enfants, était investie de tous les droits qu'avait le père lui-même, mais il est évident qu'elle ne pourrait en avoir de plus étendus. C'est ainsi que, complètement libre quand il s'agit de l'administration, elle devra au contraire se faire autoriser, soit par le conseil de famille avec homologation du tribunal, soit tout au moins par le tribunal, pour les actes de disposition. Et, en effet, d'après une jurisprudence qui semble établie dans le sens de l'autorisation par le tribunal, le père lui-même, s'il était présent et exerçait en personne l'ad-

1. Marcadé, sur l'art. 144, III.

ministration légale, aurait à remplir ces ou cette formalité s'il s'agissait de la disposition des biens de ses enfants ¹.

Doit-on reconnaître à la mère administratrice légale pendant l'absence présumée de son mari le droit de jouissance légale ?

Cette question fait aussi difficulté. Nous croyons pourtant qu'il faut reconnaître à la mère ce droit d'usufruit légal.

Il est certain néanmoins que ceux qui refusent à la mère cette jouissance pendant la présomption d'absence peuvent invoquer en leur faveur de très sérieux arguments.

Ils font valoir tout d'abord le texte même de la loi (art. 384) : « Le père, durant le mariage, et après la « dissolution du mariage le survivant des père et mère, « auront la jouissance des biens de leurs enfants. »

Il n'y a pas, dit-on, dissolution de mariage en cas d'absence ; donc il n'y a pas d'usufruit pour la mère.

Un auteur qui, avec nous, reconnaît à la mère en ce cas le droit de jouissance, répond en soutenant qu'en cas d'absence il y a dissolution du mariage, car l'absent, dit-il est, présumé mort ⁴.

1. On sait que cette solution est controversée en doctrine. D'après Zachariæ, t. I, p. 202, note 7, le père administrateur légal n'est, en principe, soumis à aucune restriction.

D'après un autre système, le père ne serait pas tenu de demander l'autorisation du conseil de famille, mais seulement celle du tribunal pour les actes pour lesquels le tuteur aurait besoin à la fois de l'un et de l'autre. Quant aux actes pour lesquels le tuteur ne serait tenu d'obtenir que l'autorisation du conseil de famille, le père administrateur pourrait les accomplir seul, et sans aucune formalité (Marcadé, art. 387, n° X) ; de Fréminville, *Traité de la minorité*, t. I, liv. II, n° 43 ; Marchant, *Code de la minorité*, liv. II, chap. 1, sect. II, n° 5.) C'est le système de la jurisprudence.

Enfin, dans un troisième système, on applique au père les mêmes règles qu'au tuteur quand il s'agit d'actes de disposition. (Merlin, *Questions de droit*, t. IV, v° *Usufruit paternel*, § 4, p. 612 ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 283 ; Demolombe, t. VI, n° 446.)

Quel que soit le système que l'on adopte, il faut appliquer à la mère, administratrice légale, les mêmes règles qu'au père.

Tout en partageant son opinion sur le fond de la question, nous ne saurions admettre cette raison de décider. Non seulement, selon nous, l'absent n'est pas réputé mort, mais il y a au contraire pour lui une présomption de vie.

Il est inutile, selon nous, de s'efforcer à faire rentrer le cas d'absence dans les termes de l'art. 384, ce qui est impossible ; il suffit de constater que la solution à laquelle nous nous rallions est conforme à l'esprit de la loi et n'est pas contraire à sa lettre.

Si l'art. 384 ne parle que des droits du père et non de ceux de la mère, c'est parce que l'art. 373 lui-même ne parlait que du père et n'accordait qu'à lui seul, pendant le mariage, l'exercice de l'autorité paternelle dont l'usufruit légal est le corollaire.

Ces deux dispositions sont, nous l'avons dit, étroitement liées entre elles, et l'une est la conséquence, la compensation de l'autre. La plus grande partie des auteurs admettent avec nous que la disposition de l'art. 373, qui est pourtant rédigé dans des termes identiques à ceux de l'art. 384, ne s'oppose pas à ce que la mère exerce pendant le mariage la puissance paternelle quand le père est dans l'impossibilité de le faire. Ils lui reconnaissent ce droit, non seulement au cas d'absence, qui est spécialement prévu par le Code, mais aussi au cas d'interdiction du père, ou de déchéance encourue en vertu de l'art. 333 du Code pénal, cas où ce droit n'est reconnu à la mère par aucune disposition légale, et ils en donnent pour raison que dans son art. 373 la loi a statué *de eo quod plerumque fit*. Il est exceptionnel, en effet, que le père ne puisse pas exercer la puissance paternelle durant le mariage ; mais si ces cas

1. Delvincourt, t. I, p. 48, note 1.

exceptionnels se présentent, rien ne s'oppose à ce qu'à défaut du père la mère exerce cette autorité.

C'est, selon nous, par un défaut de logique que certains de ces auteurs, qui accordent dans ces divers cas à la mère l'autorité paternelle, lui refusent la jouissance, légale qui, encore une fois, en est la conséquence et la compensation.

Mais on nous oppose que la mère n'est que la déléguée du mari; ce n'est qu'en son nom, dit-on, qu'elle exerce l'autorité paternelle.

Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi; la mère exerce un droit propre résultant d'une obligation qu'elle a contractée, comme son mari, par le fait seul du mariage: tant que le père peut veiller lui-même à l'éducation de ses enfants, ce droit de la mère est en quelque sorte paralysé; mais du moment que celui-ci se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation, la mère reprend l'exercice de son droit propre et remplace son mari, sans qu'on puisse dire qu'elle soit sa mandataire, car ce n'est pas de lui qu'elle tient son mandat, mais bien de la loi.

Serait-il juste d'ailleurs que la mère eût toutes les charges de l'éducation sans en recueillir les avantages? Comme nous l'avons dit, l'usufruit offre une compensation des soins et des peines qu'impose aux parents l'éducation des enfants. Pourquoi la mère, qui supporte les mêmes charges que le père, n'aurait-elle pas droit aussi à la même récompense?

Ajoutons, dans cet ordre d'idées, qu'il y a un texte de loi qui reconnaît à la mère, sinon expressément du moins virtuellement, le droit de jouissance légale: cette jouissance étant, en effet, comme nous venons de le dire, un droit attaché à l'éducation, et l'art. 141 conférant à la mère le droit de surveillance des enfants, ne lui

confère-t-il pas aussi par cela même le droit à l'usufruit légal ?

Il faut noter que la mère usufruitière ne pourra cependant garder pour elle seule les fruits, si elle est mariée en communauté : ces fruits, comme tous les autres fruits perçus pendant le mariage, tomberont nécessairement dans la communauté (art. 1401-2°).

Les auteurs qui contestent à la mère le droit de jouissance légale pendant la présomption d'absence décident qu'une fois la déclaration d'absence prononcée, ce droit est acquis à la mère. La plupart, en ce cas, le font rétroagir au jour de la disparition du père ¹.

Un auteur ², bien que partisan de la théorie qui reconnaît avec nous la jouissance légale de la mère, arrive au même résultat que nos adversaires en lui imposant le devoir de rendre les fruits si le père revient : la seule différence entre sa doctrine et la leur est qu'il soumet ce droit de la mère à une condition résolutoire, tandis que nos contradicteurs le font dépendre d'une condition suspensive.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à décider, contrairement à cette opinion, que si le père reparait, son droit à l'usufruit ne renaîtra que du jour où il reprendra aussi la surveillance de ses enfants ³.

1. Demante, qui avait adopté primitivement ce système (*Encyclopédie du droit*, v° *Absence*, t. I, n° 152, note 3), a plus tard modifié son opinion et ne reconnaît plus à la déclaration d'absence cet effet rétroactif. (Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 181 bis.)

2. Duranton, t. I, n° 521.

3. Voir, en faveur de l'attribution de l'usufruit à la mère, de Moly, n° 369; Delvincourt, t. I, p. 48, note 1; Magnin, *des Minorités*, t. I, 113; Marcadé, sur l'art. 141, II; Laurent, t. IV, n° 325; Dalloz, v° *Absence*, n° 555. — *Contra* : Demolombe, t. II, n° 318, et t. VI, n°s 482 et s.; Aubry et Rau, § 550 bis, note 4.

La mère exerçant la puissance paternelle pendant l'absence du mari aura nécessairement tous les attributs de cette puissance, et spécialement le droit de garde et de correction. Mais, par rapport au droit de correction, on s'est demandé si elle pouvait en ce cas, comme le père, faire détenir son enfant âgé de moins de 16 ans par voie d'autorité et sans le concours des deux plus proches parents paternels, droit que n'aurait pas la mère veuve.

Il est certain que la mère exerce l'autorité paternelle aux lieu et place du père, et qu'elle exerce tous les droits de celui-ci : seulement, il faut remarquer que ce que la loi a voulu entendre par là, c'est que la mère aura l'exercice de tous les droits que confère la puissance paternelle ; mais ces droits, nous l'avons dit, lui sont propres, et elle ne peut donc les exercer que dans la mesure où la loi les lui accorde et sous les conditions qu'elle lui prescrit. Or, puisque la mère veuve ne pourrait faire détenir ses enfants, même au-dessous de 16 ans que par voie de réquisition et avec le concours de deux parents, la mère, au cas d'absence du mari, n'aurait avoir plus de droits, car les motifs qui ont fait admettre cette double restriction à l'exercice du droit de correction sont, en effet, les mêmes dans les deux cas.

C'est à la faiblesse de la femme que le législateur a voulu parer ; il a craint de l'exposer à une trop lourde responsabilité. Ces raisons n'existent-elles pas au cas d'absence comme au cas de dissolution du mariage ? Nous devons donc décider que le droit de correction n'appartient à la mère que sous la restriction de l'art. 381.

Il nous reste à voir si la mère pourrait, pendant l'absence du mari, émanciper les enfants, consentir à leur mariage, à leur adoption (et ce que nous dirons pour l'adoption

s'étendra à la tutelle officieuse), à leur entrée dans les ordres sacrés, ou enfin les autoriser à faire le commerce. Ce sont là autant de points distincts qu'il nous faudra parcourir successivement.

Et d'abord, la mère aura-t-elle le droit d'émanciper son enfant ?

Dans une première opinion ¹, la mère ne peut émanciper son enfant qu'après la mort du père : « *à son défaut*, » porte l'art. 477 ; [et, on soutient qu'il faut traduire ces mots par « *après sa mort* »].

Un second système admet que la mère pourrait émanciper son enfant, mais seulement au-dessus de 18 ans, et cela parce qu'elle ne peut pas, dit-on, priver le père de son usufruit légal ².

On va même plus loin et l'on décide que la mère pourrait, comme le père, émanciper à partir de 15 ans son enfant, mais sans pourtant que cette émancipation puisse nuire aux droits du père, qui conservera en tout cas le droit de jouissance légale.

Enfin, un quatrième avis est exposé par M. Demante, qui voudrait que la mère ne pût émanciper un enfant qu'avec autorisation de justice, autorisation qui, dit-il, serait surtout nécessaire au-dessous de 18 ans ³.

Cette dernière opinion est aussi celle de M. Demolombe ⁴.

Nous croyons quant à nous que la faculté d'émanciper son enfant est un des attributs de la puissance paternelle. Cette puissance n'appartient qu'au père pendant tout le temps qu'il l'exerce, c'est-à-dire, au cas ordinaire, pen

1. Proudhon, t. II, p. 425 ; Toullier, t. II, n° 1287.

2. De Fréminville, t. II, n° 1028 ; Marcadé, art. 477, II.

3. T. II, n° 243 *bis*, IV.

4. T. II, n° 316.

dant toute la durée du mariage ; mais si par suite d'un cas exceptionnel le père vient à se trouver dans l'impossibilité de l'exercer, elle revient à la mère, avec la totalité des droits qu'elle confère, droits parmi lesquels il faut compter celui d'émanciper son enfant.

Les termes mêmes de l'art. 477 ne s'opposent nullement, quoi qu'on en ait dit, à la décision que nous adoptons. Les mots « à défaut du père » ne s'appliquent pas nécessairement au seul cas de décès du père, et peuvent comprendre aussi tous les autres cas où le père n'exerce plus la puissance paternelle.

Alors même, d'ailleurs, que l'on admettrait (par pure concession) que cet article n'accorde à la mère le droit d'émanciper son enfant qu'après la mort du père, n'est-ce pas là seulement la règle principale, édictée en vue du cas le plus ordinaire, le plus général, et n'est-ce pas le cas de répéter encore : *lex statuit de eo quod plerumque fit* ! A cette règle générale, l'art. 141 a introduit une exception, en conférant à la mère, pendant l'absence du père, la puissance paternelle ; elle la lui a conférée sans aucune restriction, et par conséquent avec tous les droits qui en ressortent et dont l'émancipation n'est pas le moindre.

Quant aux systèmes suivant lesquels la mère ne pourrait émanciper son enfant qu'avec l'autorisation de justice, ou seulement à partir de 18 ans, ou encore devrait tout au moins réserver au père le droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant émancipé, ils ont tous un vice commun : celui d'ajouter à la loi ou plutôt de refaire la loi, et de sortir ainsi complètement du rôle auquel doit se borner l'interprète.

Les deux derniers font d'ailleurs trop de cas, selon nous, du droit de jouissance du père.

Il ne faut pas oublier, en effet, que, dans notre droit, l'autorité paternelle n'a plus rien de commun avec cette terrible puissance que le droit Romain avait organisée dans l'intérêt seulement du père : le législateur moderne a bien accordé au père un usufruit sur les biens de ses enfants, mais il a placé cet intérêt pécuniaire au-dessous de l'intérêt de l'enfant. Si la mère croit l'enfant capable et digne d'être émancipé, celui-ci acquiert par cela seul le droit d'être débarrassé d'une protection qui est devenue inutile ; et puisque la mère seule est présente, c'est elle qui doit procéder à l'émancipation qu'elle a reconnue opportune. Si l'usufruit s'éteint par contre-coup, c'est parce que la puissance paternelle a pris fin, et il appartient à la mère qui a l'exercice de cette puissance de pouvoir y mettre elle-même un terme. Le père en aurait eu le droit ; il doit en être de même pour la mère lorsqu'elle exerce la puissance paternelle à défaut du père ; elle a nécessairement tous les mêmes droits que lui, à moins que la loi, comme quand il s'agit du droit de correction, n'ait établi des restrictions formelles et spéciales pour la mère, restrictions qui n'existent pas ici ¹.

Les fils mineurs de 25 ans et les filles mineures de 21 ans, dont le père est présumé absent, pourraient-ils se marier avec le seul consentement de la mère ?

C'est là un point qui divise la doctrine.

Selon la plupart des jurisconsultes, c'est l'art. 155 qui doit trancher la question ; mais on l'invoque tantôt à l'appui de l'affirmative et tantôt dans le sens contraire.

Cet art. 155 porte qu'au cas d'absence de l'ascendant

1. En ce sens : Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 683 ; Chardon, *De la puissance paternelle*, n° 478 ; Laurent, t. V, n° 201 ; Aubry et Rau, § 129, note 10 ; Massé et Vergé, t. I, p. 452, note 12.

auquel eût dû être signifié l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage. L'enfant pourra donc se marier, sauf à faire constater l'absence de son père de la manière que prescrit cet art. 155 *in fine*.

On fait remarquer dans le système adverse que cet article n'envisage que le cas où l'enfant serait majeur quant au mariage, puisqu'il ne parle que d'actes respectueux, et par conséquent de conseil, et non pas de consentement, à demander au père.

De plus, si l'on s'en tenait ainsi strictement aux termes de l'art. 155, il faudrait décider que non seulement au cas de présomption d'absence, mais même après la déclaration d'absence prononcée, l'enfant ne pourrait se marier avec le seul consentement de la mère ; l'article ne fait en effet aucune distinction entre l'absence présumée ou déclarée. Or, il n'est personne qui ne reconnaisse ce droit à l'enfant au cas d'absence déclarée. Pourquoi dès lors arguer, au cas de présomption, d'un texte dont on ne tient pas compte au cas de déclaration d'absence ?

Ce qu'il faut, c'est laisser de côté cet article 155, de même que l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII, qu'on a invoqué aussi ¹. L'article 155, en réalité, ne s'applique pas à la présomption d'absence, mais seulement à l'absence déclarée.

Quant au fond de la question, nous la tranchons dans un

1. Allemand, t. I, n° 229, et Duranton, t. II, n° 88. Ces deux auteurs estiment qu'il y a lieu, au cas qui nous occupe, de recourir à cet avis du Conseil d'État. Nous ferons remarquer qu'il est étranger au cas d'absence. Il ne parle que du cas de décès du père, et il suppose les enfants *majeurs*. Une controverse s'est d'ailleurs élevée sur le sens de ce mot « majeurs » : faut-il pour le fils l'entendre de la majorité spéciale au mariage ou de la majorité ordinaire ?

sens favorable à l'enfant et à la mère, en nous appuyant sur l'art. 149, aux termes duquel, « si l'un des époux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » Cette impossibilité n'existe-t-elle pas lorsque le père a disparu, qu'on n'a pas de ses nouvelles, qu'on ignore le lieu où il se trouve, et alors qu'on commence même à craindre qu'il ne soit mort ? Poser la question c'est la résoudre. Nous admettons donc que l'enfant pourra se marier avec le seul consentement de sa mère après avoir fait judiciairement constater (constater seulement et non déclarer) l'absence du père. Après la mort du père, l'enfant peut contracter mariage avec le seul consentement de la mère, appelée désormais à lui servir seule de guide : il devra nécessairement en être de même toutes les fois que le père ne peut manifester son consentement. En décider autrement serait risquer de porter à l'enfant, le plus sérieux préjudice, en l'empêchant peut-être de contracter un mariage avantageux, et ce préjudice serait imputable à la négligence du père qui a cessé de donner de ses nouvelles ! C'est atteindre non seulement l'enfant, mais toute la famille. La mère est présente ; elle saura, s'il y a lieu, s'opposer à une alliance fâcheuse que voudrait contracter l'enfant, mais elle doit aussi pouvoir autoriser une alliance qui lui paraîtrait présenter pour lui des avantages ¹.

Quant à l'objection tirée de ce que la mère priverait ainsi indirectement le père de son usufruit légal, nous y avons déjà répondu, par rapport au droit d'émancipation, en rappelant que l'intérêt pécuniaire du père ne saurait l'emporter sur l'intérêt de l'enfant.

1. Marcadé, sur l'art. 149, II ; Demolombe, t. II, n° 314 ; Laurent, t. II, n° 313.

Si l'on reconnaît à la mère le droit de consentir au mariage de ses enfants, son mari étant présumé absent, il faut lui reconnaître aussi le droit de leur constituer une dot : sinon ce serait le plus souvent lui laisser un droit purement illusoire, l'impossibilité de contracter des conventions matrimoniales devant rendre impossible le mariage lui-même.

La mère peut donc, pour doter ses enfants en l'absence du mari, disposer de ses biens avec autorisation de justice conformément à l'art. 222 ¹.

Il en serait ainsi même sous le régime dotal, et la mère pourrait, avec la même autorisation, disposer de ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants. Il est vrai que l'art. 1556 exige le consentement du mari ; mais cet article ne se réfère évidemment qu'au cas ordinaire où le mari est présent et peut autoriser sa femme ; s'il est au contraire absent, il faut appliquer la règle générale, suivant laquelle l'autorisation de justice remplace celle du mari ².

Nous n'avons parlé jusqu'ici que du cas où la mère a des biens personnels, quel que soit le régime matrimonial ; mais il peut se faire que ses propres biens ne puissent suffire pour la constitution de dot. Pourrait-elle en ce cas disposer des biens de la communauté ou même de ceux du mari ?

Pour les biens de communauté, nous avons un texte,

1. Cet article ne s'applique pas seulement à l'absence déclarée, mais aussi à la présomption d'absence (*voir* l'art. 863 C. pr., qui vise expressément le cas de présomption d'absence aussi bien que celui d'absence déclarée). Certains auteurs admettent même, sur l'autorité de Pothier, que la femme pourra recourir à la justice au cas de simple absence de fait ou non-présence du mari.

2. Odier, t. III, 1280 ; Aubry et Rau, § 537, note 401.

l'art. 1427 du Code civil, qui permet à la mère, au cas d'absence du mari et avec l'autorisation de la justice, d'engager les biens communs pour l'établissement des enfants.

On peut se demander seulement si la loi, par le mot d'absence, n'entend ici que l'absence déclarée, ou si l'article s'applique aussi à la présomption d'absence.

Nous pensons, quant à nous, que le mot *absence* est ici employé, comme souvent, dans son sens le plus général, qui s'applique non seulement à l'absence déclarée, mais aussi à la présomption d'absence.

Le motif qui a fait édicter la disposition de l'art. 1427 est le même dans les deux cas, et la nécessité de doter l'enfant peut être aussi impérieuse pendant la première période de l'absence que pendant la seconde : si le père n'est pas là pour y pourvoir, c'est à la mère qu'il appartient de le faire. Il n'y a d'ailleurs rien à craindre, puisque la mère doit se faire autoriser par justice.

Il faut aller, selon nous, plus loin encore et décider que la mère pourrait même donner en dot aux enfants les biens personnels du mari absent. L'intérêt de l'enfant peut, en effet, l'exiger. Il est plus que probable que le père présent aurait dans sa sollicitude paternelle tenu à doter son enfant ; il faut que la mère ait le droit de faire ce que le père aurait fait lui-même s'il était présent. On peut d'ailleurs tirer un argument d'analogie de l'art. 511 qui organise les mesures à prendre pour constituer une dot à l'enfant d'un interdit.

Cet article montre bien que la loi a pensé que le père, bien que n'étant pas civilement obligé de doter son enfant, s'acquitterait pourtant avec joie de cette obligation d'affection ; et c'est pourquoi, lorsqu'il n'est pas en état, pour une cause quelconque, de manifester sa volonté, elle

permet à ceux qui le remplacent de faire pour lui ce qu'il aurait fait lui-même.

La mère, dans le cas d'absence du père, a le droit d'autoriser son enfant à faire le commerce. (art. 2, C. civ.). Ce droit lui appartient-il pendant la période de la présomption d'absence? aussi bien qu'après l'absence déclarée. Nous n'hésitons pas à le penser. C'est là une attribution de la puissance paternelle, et nous avons vu que c'était la mère qui exerçait la puissance paternelle durant l'absence présumée du mari.

Nous admettons la même solution s'il s'agit du consentement nécessaire à l'enfant qui veut prononcer des vœux ou entrer dans une congrégation religieuse. Il est vrai que ce cas diffère quelque peu de celui du mariage : il s'agit ici d'une carrière qui reste ouverte et dans laquelle on pourrait s'engager plus tard, tandis que pour le mariage l'occasion perdue ne se retrouvera sans doute plus. Toutefois, comme il s'agit ici d'un cas d'exercice de la puissance paternelle, et que c'est la mère qui l'exerce en l'absence du mari, nous croyons qu'il faut reconnaître à la mère ce droit de consentement. Elle n'en usera qu'avec prudence, et ne donnera son consentement que dans le cas où la vocation de l'enfant sera nettement déterminée, et où, par suite, il serait évident que le père aurait agi de même.

Nous arrivons à notre dernière difficulté en ce qui touche les droits de la mère pendant la période de la présomption d'absence : pourrait-elle consentir à l'adoption et à la tutelle officieuse de l'enfant?

On a soutenu que, pour l'adoption, le consentement de la mère seule ne suffirait pas. Non seulement, fait-on obser-

ver, l'art. 346, relatif à l'adoption, n'ajoute pas, comme l'art. 149, que dans le cas d'impossibilité pour l'un des parents de donner son consentement au mariage de l'enfant, le consentement de l'autre suffit; mais au contraire il ajoute aux mots « l'enfant ne pourra être adopté sans le consentement de ses père et mère » les mots « *ou du survivant* ». Ne doit-on pas voir là une preuve que la loi refuse à l'enfant de l'absent la faculté de se donner en adoption avec le seul consentement de la mère, lorsque celle-ci n'est pas survivante, ce qui s'applique au cas de présomption d'absence?

Nous pensons qu'une telle solution devrait être considérée comme trop rigoureuse; l'art. 346 n'a entendu parler évidemment que du cas ordinaire où l'enfant aurait encore son père et sa mère et pourrait les consulter tous les deux. Mais si le père est absent, comment pourrait-il le consulter? A l'impossible nul n'est tenu, et la loi n'a pu vouloir refuser à l'enfant la faculté de se donner en adoption, lorsqu'il ne dépend pas de lui de pouvoir remplir l'obligation à laquelle elle subordonne l'exercice de cette faculté.

Le consentement de la mère suffirait donc, et les inconvénients que l'on pourrait essayer de faire valoir disparaissent devant cette considération que la justice sera appelée à se prononcer sur l'adoption, qui doit être soumise et au tribunal et à la Cour d'appel; les juges ne manqueront pas de déclarer qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, pour peu qu'ils estiment qu'elle serait préjudiciable à l'enfant.

La solution à laquelle nous venons de nous arrêter comporte plus de difficultés quand il s'agit de la tutelle officieuse, qui n'est pas soumise aux mêmes formalités que

l'adoption, et qui s'applique aux mineurs et non pas seulement, comme l'adoption, aux majeurs.

Nous pensons pourtant qu'il faut encore ici accorder à la mère le droit de consentir à la tutelle officieuse, puisque ce consentement rentre dans les attributs de la puissance paternelle qui est exercée par la mère.

Toutefois, nous admettons une réserve, et nous pensons que la validité et le maintien de la tutelle seraient soumis à la condition résolutoire du retour du père et de son refus de consentement ¹.

Demandons-nous, pour terminer en ce qui touche au cas de présomption d'absence, si la mère, mourant pendant le cours de cette période, pourrait nommer à ses enfants un tuteur testamentaire.

L'art. 397 semblerait au premier abord lui refuser ce droit, puisqu'il ne l'accorde qu'au dernier mourant. Mais faut-il, sur la base d'un simple argument *a contrario*, enlever à la mère un droit que la loi a établi dans l'intérêt de l'enfant?

Pourquoi seul le dernier mourant peut-il nommer par testament un tuteur à son enfant? Parce que, tant que l'enfant conserve l'un ou l'autre de ses parents, le survivant s'occupera de ses intérêts avec plus de vigilance et de soins que le meilleur des tuteurs. Mais dans notre cas, après la mort de la mère, n'est-ce pas la tutelle qui s'ouvrira forcément, tutelle à laquelle ne sera pas appelé le père, puisqu'il se trouve dans l'impossibilité de veiller aux intérêts de ses enfants? Pourquoi, en ce cas, exclure la tutelle qui offre le plus de garantie à ces in-

1. Cf. Oudot, *Le Droit de famille*, p. 322. — M. Demante pense que le consentement de l'époux présent devrait être corroboré par l'avis du conseil de famille, t. II, n° 98 bis.

térêts, la tutelle testamentaire, sauf à ce que cette tutelle prenne fin au cas de retour du père?

Nous pourrions d'ailleurs faire remarquer que les mots *dernier mourant* peuvent avoir un autre sens que celui de survivant : la loi a pu vouloir dire que le père ou la mère ne pouvait pendant sa vie nommer un tuteur pour exercer la tutelle à sa place, s'il ne remplit pas lui-même cette charge, et que ce droit ne lui est reconnu qu'après sa mort.

En résumé, et sauf une légère restriction en ce qui concerne la tutelle officieuse, nous accordons à la mère, pendant la présomption d'absence tous les droits qui dérivent pour le père de la puissance paternelle qu'elle est appelée à exercer à sa place.

§ II

ABSENCE DÉCLARÉE DU PÈRE

A quel titre la mère continuera-t-elle, après la déclaration d'absence, à exercer sur ses enfants la surveillance que lui confie la loi ?

Sera-ce toujours, comme pendant la période de la présomption d'absence, en qualité d'administratrice légale, ou sera-ce en qualité de tutrice ?

Trois systèmes différents se sont produits sur ce point.

Le premier consiste à dire que la déclaration d'absence fait naître une présomption de mort, et que, par suite, ce cas devant être assimilé à celui de la mort, il y a lieu à l'ouverture de la tutelle. On invoque à l'appui de cette doctrine l'art. 142 qui, prévoyant le cas où la mère est morte avant la disparition du père, ou vient à mourir ensuite avant la déclaration d'absence, décide qu'il

y aura lieu alors à une tutelle provisoire, et paraît ainsi indiquer implicitement qu'après la déclaration d'absence il y aura lieu à ouvrir une tutelle ordinaire ¹.

Dans le second système, on distingue suivant que la mère, commune en biens avec son mari, opérerait pour la continuation ou pour la dissolution de la communauté : la tutelle ne s'ouvrirait que dans ce dernier cas ².

Enfin, le troisième système, qui est celui que nous adoptons, considère la mère comme continuant, même après la déclaration d'absence, à rester administratrice légale. L'art. 141 continuerait donc à s'appliquer.

Repoussons d'abord la distinction qu'on a voulu faire entre le cas de continuation de la communauté et celui de dissolution. Cette distinction nous paraît absolument inadmissible ; si l'on se fonde en effet sur la présomption de mort et sur l'art. 141 pour décider qu'il y a lieu à tutelle, ces motifs existent aussi bien au cas de continuation que de dissolution de la communauté.

Si l'on se base au contraire sur ce que les enfants pourraient se trouver avoir des intérêts en opposition avec ceux de la mère, il faut encore répondre que cette contrariété d'intérêt pourra se produire même avec la continuation de la communauté : c'est ce qu'a compris Marcadé, qui décide que si le père, outre les biens communs, avait aussi des biens propres auxquels succèdent les enfants, la tutelle devra être ouverte. Mais ce n'est plus là interpréter la loi, c'est la faire.

« Il y a dans ce cas, ajoute Marcadé, à la fois présomption de mort et présomption de vie. »

1. Demolombe, t. II, n° 336 ; Aubry et Rau, § 460, notes 1 et 8 ; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 311.

2. Marcadé, sur l'art. 143, V ; Demante, t. I, n° 179 bis ; Dalloz, v° Absence, n° 571 ; Duranton, t. I, 518 ; Plasmann, t. I, p. 314.

C'est là une proposition qui nous semble vraiment bizarre : le père serait présumé mort par rapport à ses biens propres, et vivant par rapport à ses biens communs ! Mais s'il y a une présomption de mort, elle ne résulte que de la déclaration d'absence, et non du fait que la femme aurait ou non opté pour la continuation de la communauté, sinon ce serait en revenir à dire que c'est elle qui décidera si son mari est mort ou vivant.

Restent en présence maintenant les deux systèmes diamétralement opposés : celui qui se prononce pour l'ouverture de la tutelle et celui qui admet que l'art. 141 continuera à s'appliquer.

Nous avons dit que c'était à celui-ci que nous nous étions rallié. En effet, la place même qu'occupent les art. 141, 142 et 143 à la fin du titre de l'absence ne montre-t-elle pas que leurs dispositions s'appliquent tant à la première qu'à la deuxième période de l'absence ?

Mais on invoque les mots « *disparu, disparition* », qui figurent dans ces articles, et on soutient qu'ils ne peuvent serapporter qu'à la présomption d'absence. C'est là une affirmation purement gratuite sinon téméraire. Pourquoi donc ne pourrait-on plus dire après la déclaration d'absence, que le père a *disparu* ? Nous refusons quant à nous à admettre que cette expression ne puisse s'appliquer que pendant les premiers temps de l'absence.

Quant à l'argument que l'on tire de l'art. 142, il serait irréfutable si cet article n'était susceptible d'une autre interprétation beaucoup plus simple que celle qu'on lui cherche. Cet article porte que si la mère vient à décéder avant la déclaration d'absence, il y aura lieu de nommer un tuteur provisoire ; on en conclut qu'après la déclaration d'absence il y aura lieu dans tous les cas à une tutelle.

Mais ce n'est pas là la question qu'a voulu ici trancher le législateur ; celle qu'il a eu en vue, c'est celle de savoir s'il fallait attendre la déclaration d'absence pour faire nommer un tuteur, ou s'il fallait y procéder de suite, et il s'est prononcé dans ce dernier sens : ajoutons que par le mot « tuteur provisoire » la loi a entendu exprimer seulement qu'il s'agissait d'une mesure d'un caractère provisoire, puisque la tutelle ainsi établie peut d'un jour à l'autre prendre fin par suite du retour de l'absent.

Arrivons à l'argument le plus sérieux que nous opposent nos adversaires. On fait remarquer que par suite de l'envoi en possession des héritiers présomptifs les enfants se trouveront avoir des intérêts opposés à ceux de la mère : or, c'est précisément à raison de cette contrariété d'intérêts que le législateur a voulu que la tutelle s'ouvrit au décès de l'un des époux et qu'il a tenu à ce que les enfants fussent protégés par les obligations imposées au tuteur, et notamment par la nomination d'un subrogé-tuteur chargé de veiller sur leurs intérêts quand ils se trouveraient en conflit avec ceux du père tuteur ou de la mère tutrice.

Le même danger n'est-il pas à craindre, dit-on, après la déclaration d'absence, et le même palliatif ne doit-il pas en conséquence y être apporté ?

Nous sommes loin de contester la justesse de ces observations ; mais c'est au législateur qu'elles doivent être renvoyées, car, ainsi que nous ne saurions trop le répéter, tout autre est son rôle et tout autre celui de l'interprète. Il faudrait un texte établissant la tutelle pour le cas qui nous occupe, et il n'y en a pas. Bien au contraire, nous trouvons un article, l'art. 141, qui maintient au profit de la mère l'autorité paternelle, et un autre, l'art. 390, qui

déclare qu'il n'y a lieu à ouverture de la tutelle qu'au cas de mort naturelle ou civile de l'un des époux, article dans les termes duquel ne rentre pas le cas d'absence.

Mais, dit-on encore, il y a en ce cas présomption de mort : — nullement ! il y a seulement incertitude sur l'existence du père qui a disparu, et la preuve en est que toutes les mesures prescrites en ce cas par la loi ne sont que des mesures provisoires, destinées à cesser, comme devenant sans raison d'être, avec le retour de l'absent.

La loi ne permet-elle pas à la femme de continuer la communauté ? Et n'est-ce pas une preuve qu'elle suppose que le mari peut être encore vivant, à moins qu'on ne prétende qu'elle admette la communauté avec un mort ? Il est vrai que la loi a permis aussi à la femme de demander la dissolution de la communauté, mais elle lui a conféré ce droit par un texte précis qu'on ne trouve pas pour la tutelle ; et si ce texte n'eût pas existé, il est évident que l'interprète n'aurait pu lui accorder un tel droit, sous prétexte de présomption de mort, par extension de l'art. 1441 1° et 2° qui porte, exactement comme l'art. 390 pour la tutelle, que la communauté se dissout par la mort naturelle ou civile ¹.

§ III

ÉTAT DE NON-PRÉSENCE OU ABSENCE DE FAIT

Les diverses dispositions que nous venons d'étudier ne s'appliquent qu'au cas d'absence, et non pas au simple cas de non-présence. Le mot *absence* a, en effet, dans la loi un sens technique ; il s'applique à la situation de la personne qui, ayant disparu de son domicile, ne donne plus

1. En ce sens : Duranton, t. I, n° 517.

signe de vie, et dont on ne connaît pas le lieu de séjour. Pour exprimer au contraire le sens que le langage courant attache d'ordinaire au mot d'*absence*, la loi emploie le plus souvent l'expression « non-présence », par exemple dans les articles 819 et 840.

Les art. 141-143 ne s'appliqueront donc pas si le père se trouvait en voyage, même en pays étranger ou d'outre-mer, si l'on a de ses nouvelles et s'il n'y a pas la moindre incertitude sur son existence. C'est donc au père que, dans ce cas, l'exercice de la puissance paternelle continuerait, en droit à appartenir; en fait, la mère pourra l'exercer, mais seulement alors comme déléguée, comme mandataire tacite de son mari, contre la volonté duquel elle ne pourrait rien faire. C'est ainsi qu'elle devra se conformer à sa volonté pour le mode d'éducation qu'il aura arrêté de faire donner aux enfants.

Nous avons vu, pourtant, que si le père négligeait de leur donner une éducation et voulait imposer à la mère le même oubli de ses devoirs, celle-ci ne serait pas tenue de lui obéir, car elle a contracté elle-même, par le fait, seul du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever ses enfants. Elle pourrait même, dans ce cas, nous l'avons dit également, s'adresser à la justice pour faire enlever au mari le droit d'éducation et pour se le faire attribuer.

Mais il est certain que, au cas de simple non-présence du père, la mère, n'ayant pas l'exercice de la puissance paternelle, ne pourrait pas consentir seule au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse de ses enfants, à leur entrée dans les ordres ou dans le commerce. Le mari devra nécessairement être consulté, et, s'il y a dissentiment pour le mariage, c'est son avis qui l'emportera.

L'art. 149 ne s'applique donc pas ; en effet, l'on ne peut pas dire, comme nous l'avons fait pour le cas d'*absence* dans le sens légal du mot, qu'il y a pour le père impossibilité de manifester son consentement ; il est absolument capable, en effet, de consentir, et son consentement doit par conséquent être requis.

La jurisprudence a fait dans un arrêt célèbre l'application de ce principe. Une demoiselle Sommaripa s'était mariée à un Français sans avoir demandé le consentement de son père absent (au sens ordinaire du mot). Vingt-trois ans après, la nullité du mariage fut demandée, et elle fut prononcée ¹ par les tribunaux.

M. Demolombe ², tout en décidant qu'en cas de non-présence du père son consentement n'en doit pas moins être requis, admet toutefois que, si en fait il y avait eu impossibilité de se procurer ce consentement, les juges pourraient autoriser l'officier de l'état civil à passer outre, et à marier l'enfant avec le consentement de la mère seule.

Nous ne pensons pas quant à nous que ce tempérament puisse être apporté à la rigueur des principes que nous avons rappelés.

Il peut certainement se faire que la nécessité de requérir le consentement du père soit la cause de retards fâcheux ; mais alors même qu'il serait absolument impossible de se procurer ce consentement, ce qui sera d'ailleurs extrêmement rare, l'enfant, du moment que son père vivant n'est pas absent au sens légal de ce mot, ne pourra se passer de son consentement : il faudrait un texte pour l'en dispenser, et le seul qu'on puisse invoquer est

1. Cassat., 40 avril 1817 (Sirey, 1817, 4, 232).

2. T. III, n° 42.

l'art. 149 dont nous avons démontré l'inapplicabilité. Comme le fait très bien remarquer M. Laurent, s'il suffit, aux termes de cet article, de requérir le consentement d'un seul des deux conjoints, ce n'est que si l'autre se trouve dans l'impossibilité de manifester son consentement, mais non pas si c'est l'enfant qui est seulement dans l'impossibilité de se le procurer.

A l'appui de sa thèse, M. Demolombe cite la loi 12, § 3 D., *De captivis*, XLIX, 15, et la loi 9, § 1 D., *De rit. nupt.*, XXIII, 2. Mais pourquoi le Code aurait-il admis la décision des jurisconsultes romains? Les moyens de communication ne sont-ils pas aujourd'hui autrement développés qu'il y a seize siècles, et n'est-il pas, par suite, de plus en plus rare que l'enfant ne puisse se procurer le consentement nécessaire? La différence des deux législations s'explique tout naturellement.

Il est vrai que, dans certains cas, les communications peuvent être interrompues; par exemple, en cas de guerre, et il est certain que la nécessité de se procurer le consentement nécessaire aura pour effet de retarder le mariage; mais est-ce une raison suffisante pour accorder aux juges un pouvoir que la loi ne leur a pas attribué: celui d'autoriser l'enfant à passer outre au mariage?

Ce que nous avons dit pour le cas de non-présence du père s'applique à plus forte raison au cas où les époux vivraient séparés de fait. C'est toujours au père qu'appartient la puissance paternelle, et par conséquent le droit de garde; et s'il laisse ses enfants avec la mère, il n'y a là de sa part qu'une condescendance: aussi pourrait-il les reprendre aussitôt qu'il le voudrait, de même qu'il pourrait aussi, malgré sa tolérance antérieure, forcer la femme à réintégrer le domicile conjugal.

La mère pourrait seulement demander et obtenir la garde de ses enfants si le père les maltraitait.

Si c'est avec le père que les enfants sont restés, la mère aura toujours le droit de venir demeurer avec eux chez son mari : la séparation étant, au cas que nous prévoyons, purement volontaire ; elle ne subsistera que tant que les deux époux voudront la maintenir.

SECTION II

CONDITION DE LA MÈRE APRÈS LA SÉPARATION DE CORPS

La séparation de corps laisse subsister le mariage ; et l'une des conséquences à déduire de ce fait, c'est que l'art. 373, qui porte que le père a seul pendant le mariage l'exercice de la puissance paternelle, continue à s'appliquer.

Il peut se faire cependant que la mère n'ait que de trop justes raisons à faire valoir pour démontrer que le père est indigne de continuer à diriger l'éducation de ses enfants : la mauvaise influence qu'il pourrait exercer sur eux est dans ce cas d'autant plus à craindre qu'à l'avenir la mère ne doit plus être là pour y parer par ses bons conseils et par sa tendresse.

En ce cas, ne faudrait-il pas confier les enfants à la mère et le tribunal ne pourrait-il pas ainsi priver le père de ses droits pour en investir la mère ?

Le chapitre IV, qui traite de la séparation de corps, au Titre du Divorce et de la séparation de corps, ne contient aucune disposition en ce qui concerne les enfants ; mais les chapitres précédents relatifs au divorce consacrent trois articles à la garde des enfants. L'un a trait à la garde pro-

visoire des enfants pendant l'instance en divorce ; les deux autres à la garde des enfants après le divorce prononcé. Faut-il appliquer, par analogie, à la séparation de corps ces deux articles relatifs au divorce, ou bien du silence de la loi faut-il décider que dans tous les cas le père séparé de corps conservera la garde des enfants ?

Examinons d'abord la question des mesures provisoires que peut ordonner le tribunal par rapport à la garde des enfants. Nous étudierons ensuite ce qui concerne le droit de garde après la séparation prononcée.

Aux termes de l'art. 267, « l'administration provisoire « des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en « divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par « le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la « famille ou du ministère public pour le plus grand avan- « tage des enfants. »

Faut-il étendre cet article à la séparation de corps ? — La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour résoudre la question affirmativement.

Les raisons sont les mêmes ; il y a donc lieu d'appliquer les mêmes règles ; on ne peut contester qu'entre la séparation de corps et le divorce, il n'y ait, à côté de différences considérables, une ressemblance absolue sur certains points ; et l'un de ces points est précisément la situation qui doit être faite aux enfants. Le mari séparé est le plus souvent tout aussi mauvais père que le mari divorcé, et le danger de lui laisser les enfants ne serait pas moindre dans un cas que dans l'autre : le législateur aurait donc encouru un reproche d'imprévoyance s'il n'avait eu soin d'y pourvoir.

En admettant, comme nous le faisons, l'application de

l'art. 267 à la séparation de corps, le silence de la loi dans le chapitre IV s'explique parfaitement.

En traitant de la séparation de corps, le législateur n'a visé que les points pour lesquels il établissait une réglementation différente de celle du divorce; au contraire, pour les points communs, il s'en est référé aux règles qu'il avait formulées pour le divorce en vue d'un casanalogie sinon identique ¹.

La décision des juges ne doit s'inspirer que de l'intérêt de l'enfant; s'ils estiment que son intérêt l'exige, ils le confieront à la mère, sans qu'il soit besoin de distinguer si elle est demanderesse ou défenderesse au procès en séparation. En vain ferait-on remarquer que dans ce dernier cas elle peut paraître suspecte : une mauvaise épouse peut encore être bonne mère, et quels que puissent être ses torts envers le mari, en admettant la demande de celui-ci fondée, les enfants, surtout en bas âge, ne doivent pas être privés de ses soins.

Passons maintenant à la garde des enfants après le prononcé de la séparation de corps. La question de savoir si les art. 302 et 303, édictés pour le divorce, peuvent s'entendre à la séparation de corps peut paraître plus délicate. Mais une jurisprudence constante la résout affirmativement. Si l'on peut mentionner, dans la première année de la promulgation du Code, quelques arrêts en sens contraire, toutes les Cours dissidentes sont revenues sur

1. Fuzier-Hermann, *Code civil* annoté, art. 267, n° 4; Demolombe, t. IV, n° 451; Duranton, t. II, n° 616; Aubry et Rau, § 493, note 21; Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, t. II, p. 180; Marcadé sur l'art. 307, II; Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 279; Demante et Colmet de Santerre, t. 1^{er}, n° 321; Bruxelles, 11 août 1808 (Sirey, 9, 2, 47) et 8 mai 1807 (Daloz, v° *Puissance paternelle*, n° 2° Cass., 28 juin 1815 Sirey, 1815, 1, 380. — *Contra* : Laurent, t. III, n° 326.

leur première jurisprudence et depuis lors elles n'ont jamais varié ¹.

La plus grande partie de la doctrine a suivi le même système, mais là nous devons signaler de nombreuses divergences. C'est ainsi que M. Laurent soutient énergiquement que l'art. 302 ne doit pas être étendu en dehors du cas pour lequel il a été édicté, c'est-à-dire du divorce.

Cette décision emprunte un caractère particulier de gravité à son rapprochement avec celle qu'avait émise, comme nous l'avons vu, le savant professeur de Gand, par rapport à la puissance paternelle : il ne reconnaît pas aux tribunaux le droit d'intervenir pour enlever au père indigne le droit d'élever son enfant. Ainsi, voilà un père contre qui la séparation a été prononcée, par exemple, pour cause d'adultère : il a une fille, et ce sera toujours lui cependant qui aura le droit de garde, si l'art. 303 ne s'applique pas ; cette jeune fille habitera sous le même toit peut-être que la concubine de son père, sans que les tribunaux puissent, même sur sa requête ou celle de la mère, la confier à celle-ci. Il est vrai que M. Laurent reconnaît aux juges le devoir d'autoriser l'enfant à quitter la maison paternelle ; mais ne reconnaît-il pas ainsi lui-même le danger de son système ? S'il admet que les juges peuvent enlever ainsi au père le droit de garde, pourquoi n'auraient-ils pas le même droit pour confier l'enfant à la mère au lieu de le laisser à lui-même ? Rappelons cependant que la loi du 24

1. *Contrà* : Liège, 23 août 1809 ; Bruxelles, 8 mai 1807 (Dalloz, *v° Puiss. pat.*, n° 57). — Mais dans le sens de l'affirmative voir Cass., 28 mai 1810, 28 juin 1815 (Dalloz, *v° Puissance paternelle*, n° 58), 23 juin 1841 (S., 41, 1, 630), 22 janvier 1867 (S., 69, 1, 212), 23 février 1881 (S., 81, 1, 309). Il a été jugé aussi que si le juge prononçant la séparation de corps n'a pas statué sur le droit de garde, la mère est tenue d'y pourvoir au cas où le domicile du père serait inconnu. Bordeaux, 5 juillet 1836 (Dalloz, *v° Mariage*, n° 613).

juillet 1889, ayant accordé aux tribunaux le droit de prononcer la déchéance de la puissance paternelle pour in-conduite notoire, a tranché, dans la plupart des cas, la question.

Le système que nous combattons aboutit d'ailleurs, en fait, au résultat qui nous semble préférable. En effet, l'enfant maltraité par son père peut demander aux tribunaux l'autorisation de quitter le domicile paternel et d'aller s'établir dans un lieu que les juges désigneront. C'est ce qu'a décidé la cour de Caen ¹, et son arrêt est approuvé par M. Laurent; cet auteur arrive donc indirectement ainsi à la même solution que nous, puisque le lieu désigné peut être le domicile de la mère ². L'inapplicabilité prétendue de l'art. 302 se trouverait ainsi tournée.

Nous ne pouvons cependant nous rallier à cette théorie; il ne s'agit pas en effet ici d'enlever au père la puissance paternelle, c'est toujours lui qui l'exercera. Il s'agit seulement, ce qui est tout à fait différent, de lui enlever la garde des enfants. Ce n'en sera pas moins le père qui surveillera l'éducation de ses enfants et qui fera prévaloir sa volonté à cet égard.

MM. Aubry et Rau ³ émettent l'avis qu'il faut faire une distinction. Selon eux, le père qui a obtenu la séparation de corps contre la mère ne pourra jamais être privé au profit de celle-ci du droit de garde. Ils ajoutent que si la séparation a été prononcée contre lui il pourrait être néanmoins maintenu dans la garde, sans que la famille ou le ministère public eût besoin de le demander; mais que dans ce dernier cas il pourrait aussi être privé de ce droit, si la

1. Caen, 31 décembre 1811 (Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 26).

2. Demante, t. II, n° 942 bis, II, Cf. — Marcadé, art. 311, III.

3. T. V, § 494, note 13.

famille ou le ministère public demandait que les enfants fussent confiés à la mère.

Nous avons déjà fait connaître notre opinion. Nous estimons qu'il faut décider que l'art. 302 s'étend à la séparation de corps.

En vain dirait-on que le divorce, en dissolvant le mariage, détruit le droit de puissance paternelle du père, et que c'est pour cela que la loi a dû, par une nouvelle disposition, réglementer à l'avenir cette puissance ; la séparation de corps laissant au contraire subsister l'autorité du père, la loi a dû rester muette parce qu'aucune disposition nouvelle n'était nécessaire. Selon nous, la différence qu'on s'efforcerait de faire valoir n'existe pas en réalité. Le père, après le divorce comme après la séparation de corps, conserve son autorité. N'est-ce pas toujours à lui en effet qu'appartiendra le droit de correction ? L'art. 381 le démontre : n'est-ce pas toujours son avis qui devra prévaloir quand il s'agit du mariage de ses enfants ? N'est-ce pas à lui encore qu'appartiendra le droit de les émanciper ?

Que nous oppose-t-on ? Un argument *a contrario* tiré de l'art. 373. Mais un argument de ce genre peut-il suffire pour servir de fondement à toute une théorie ? L'art. 384 n'accorde-t-il pas de même au père « pendant le mariage » un droit d'usufruit sur les biens de ses enfants, sans que personne ait jamais songé à enlever ce droit au père après le divorce : bien au contraire, l'art. 386 lui reconnaît implicitement ce droit. L'art. 373, comme l'art. 384, a eu en vue le cas ordinaire : l'état de choses désirable, celui des père et mère vivant ensemble. Les mots *durant le mariage* qui y figurent doivent s'entendre dans le sens de *durant la vie*, dans la supposition que

le mariage ne sera dissous que par la mort de l'un des époux.

Remarquons que l'art. 302 appliqué à la séparation de corps ne donne à la mère que le droit de garde : nous croyons qu'il ne faut pas, avec certains auteurs, attribuer à la mère, qui a obtenu la garde de ses enfants, l'exercice de la puissance paternelle. Ce serait aller au delà des termes de la loi ; l'art. 302 vise en effet seulement le droit de garde, et nullement la puissance paternelle.

Le père conserve donc un droit de surveillance et pourrait s'adresser aux tribunaux si la mère ne remplissait pas dignement la mission que lui a conférée la loi ².

Les motifs de l'art. 302 sont, nous l'avons dit, les mêmes pour la séparation de corps que pour le divorce. Dans un cas comme dans l'autre, il n'y a plus de vie commune ; l'enfant ne pourra plus être l'objet des soins des deux époux : il sera nécessairement éloigné de l'un d'eux. N'est-il pas préférable qu'il reste plutôt près de celui qui, ayant obtenu à son profit la séparation, n'a pas de fautes à se reprocher, sauf à l'autre à se faire accorder ce droit par les tribunaux si les juges estiment que tel est l'intérêt de l'enfant.

Si l'on n'applique pas à la séparation de corps l'art. 302, il ne faut pas y appliquer non plus l'art. 303 qui impose aux deux parents l'obligation de contribuer aux dépenses d'entretien et d'éducation des enfants, et leur confère le droit de surveiller cette éducation. Et cependant cet article 303 s'applique naturellement *a fortiori* au cas de

1. Delvincourt, t. 1^{er}, p. 87, note 2.

2. Req., 59 et 68; 30 mars 1859 et 9 juin 1857.

séparation de corps, puisqu'en ce cas le mariage n'est pas dissous ¹.

Toute difficulté disparaît si l'on étend l'art. 302 et par suite l'art. 303 à la séparation.

Passons à une autre difficulté.

L'art. 302 permettant aux tribunaux de conférer à la mère le droit de garde, celle-ci aura le droit d'aller habiter avec ses enfants une autre ville que celle où réside le père sans que ce dernier puisse l'en empêcher ².

La Cour d'Angers a toutefois fait exception pour le cas où la femme céderait à un caprice déraisonnable ³.

En tout cas, si la mère allait s'établir en pays étranger, on admet que le mari pourrait demander que l'enfant fût remis à un tuteur *ad hoc*. Au surplus, ce sont là de pures questions de fait et la décision du tribunal dépendra nécessairement des circonstances.

Sauf le droit de garde, qui peut lui être enlevé, le père séparé de corps conserve, avons-nous dit, tous les attributs de la puissance paternelle. On s'est demandé pourtant s'il conservait le droit d'émanciper et nous avons déjà fait connaître à cet égard notre sentiment. Rappelons cependant que Delvincourt ⁴ refusait ce droit au père contre lequel avait été prononcée la séparation. C'est la conséquence de sa théorie suivant laquelle le père auquel le droit de garde serait enlevé perdrait l'exercice exclusif de la puissance paternelle.

Dans notre opinion le père conservant l'autorité paternelle conserve nécessairement aussi le droit d'émanci-

1. Voir en ce sens : Demolombe, t. IV, n° 511 ; Toullier, t. II, n° 777 ; Daranton, t. II, n° 636.

2. Req., 28 février 1842.

3. 6 mai 1841 (Dalloz, v° *Domicile*, n° 75-2°).

4. T. I^{er}, p. 123, note 4.

pation 1. On peut prévoir cependant le cas où le père recourrait à l'émancipation, non parce qu'il jugerait l'enfant capable d'administrer lui-même sa fortune, mais seulement pour l'enlever à la garde de sa mère, et annihiler ainsi le droit que le tribunal avait conféré à celle-ci.

Il n'est pas douteux que la mère serait, en ce cas, en droit de s'adresser aux tribunaux pour annuler cette émancipation comme faite en fraude de ses droits.

De même, au cas où le jugement qui a prononcé la séparation de corps n'a pas confié les enfants à la mère, mais a ordonné qu'ils fussent placés dans une maison d'éducation, si le père vient ensuite à émanciper l'enfant, cette émancipation ne peut empêcher l'exécution de la décision qui a ordonné le placement de l'enfant dans cette maison d'éducation.

C'est ce qu'a décidé la Cour de Rouen dont l'arrêt a été l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation ².

Remarquons toutefois que, par une inconséquence évidente, la Cour de Rouen a maintenu l'émancipation tout en décidant qu'elle ne produirait pas d'effet par rapport au domicile. De deux choses l'une : ou bien l'émancipation est valable, et en ce cas elle produit tous ses effets, ou bien elle ne l'est pas, et en ce cas elle ne peut en produire aucun. Nous rappellerons encore que, selon nous, l'émancipation pourrait dans ce cas être annulée comme frauduleuse.

Nous n'insisterons pas plus longuement sur cette question qui n'intéresse qu'indirectement la mère séparée à laquelle le tribunal n'a pas accordé la garde de ses enfants. Arrivons à une question plus grave.

Le père séparé de corps conserve-t-il le droit de jouis-

1. Paris, 1^{er} mai 1813 (Sirey, 1813, II, 230).

2. 4 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 387).

sance légale sur les biens de ses enfants? L'art. 386 dispose que cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé : faut-il étendre cette disposition à la séparation de corps ?

Il est certain que les torts de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée peuvent être tout aussi graves que dans le cas de divorce. Mais on doit faire remarquer que les conséquences du divorce sont tout autrement graves pour les enfants, puisque, à la différence de la séparation, le divorce permet à l'époux de convoler en de nouveaux liens.

Ajoutons qu'alors même que les deux situations seraient analogues, la disposition de l'art. 386 constitue une déchéance, une véritable peine prononcée contre l'époux divorcé, et qu'il est de principe que les dispositions pénales ne peuvent être étendues d'un cas à un autre : *pœnalia non sunt extendenda*. Il faut donc dire que non seulement la mère ne pourrait se faire attribuer l'usufruit légal, ce droit n'étant accordé à la mère par l'art. 384 qu'après la dissolution du mariage ¹, mais encore que cet usufruit continuera d'appartenir au père. De sorte que si les deux époux se réconcilient il n'y aura pas eu de discontinuation dans le droit de jouissance légale. C'est là un argument de plus en faveur de notre système. En effet, si l'on admettait l'application de l'art. 386 à la séparation de corps, l'usufruit éteint ne pourrait plus revivre après la réconciliation : résultat absolument contraire au vœu de

1. Le père séparé de corps doit contribuer à l'entretien des enfants; mais il doit aussi une pension à sa femme ; si les juges fixent cette pension à un chiffre égal ou supérieur à celui des revenus de l'enfant, ils arriveront en fait au même résultat que si l'usufruit devait passer à la mère.

la loi, car il faut que les époux réconciliés puissent oublier leur séparation sans que rien ne vienne leur rappeler un passé si malheureux ¹.

SECTION III

CONDITION DE LA MÈRE APRÈS L'INTERDICTION JUDICIAIRE DU PÈRE OU SON INTERNEMENT DANS UN ASILE D'ALIÉNÉS

La mère exercera-t-elle au lieu du père la jouissance paternelle, ou au contraire y a-t-il lieu de faire nommer un tuteur, au cas où le père est interdit pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur? C'est une question qui a divisé la doctrine. Quelques auteurs, prenant à la lettre les art. 373 et 381, décident, qu'en dehors du cas d'absence, la mère ne peut pendant la durée du mariage exercer la puissance paternelle ².

D'autres auteurs, tout en reconnaissant à la mère le droit d'exercer la puissance paternelle lorsque le père vit, mais qu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, veulent que ce droit ne puisse être exercé que sous le contrôle des tribunaux, et accordent à ceux-ci le pouvoir discrétionnaire de l'enlever à la mère ou de ne le lui confier que sous certaines restrictions ³.

Nous ne partageons ni l'une ni l'autre de ces opinions : nous pensons que la puissance paternelle doit passer à la mère toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de l'exercer lui-même. Et, en effet, n'est-ce pas à la mère aussi bien qu'au père que l'art. 372 confère ce droit ?

1. Dans ce sens : Valette, sur Proudhon, t. II, p. 260, note a; Proudhon, *de l'Usufruit*, n° 142; Demolombe, t. IV, n° 510; Vazeille, t. II, n° 589; Marcadé, sur l'art. 311, note 2; Massal, p. 334, n° 7; Laurent, t. IV, n° 337; Demante, t. I, n° 344.

2. Proudhon, t. II, p. 244.

3. Demante, t. II, n° 115 bis.

Il est vrai que l'article suivant ajoute que pendant la durée du mariage le père exerce seul l'autorité paternelle. Mais quel est le motif qui a inspiré cette décision ? C'est que la loi a craint des dissentiments entre les père et mère au sujet des mesures à prendre pour l'éducation des enfants, dissentiments qui seraient de nature à leur nuire. Comment, en effet, eût-on pu mettre fin au conflit s'élevant entre les deux parents sans faire intervenir les tribunaux d'une manière suivie dans les questions de famille, sans les appeler par exemple à décider quelle carrière devra embrasser l'enfant ? La loi a sagement pensé qu'il fallait donner la prépondérance à l'un des parents, et elle l'a naturellement accordée au père qui est le chef de la famille. Que si, par suite de circonstances exceptionnelles, le père est absent, déchu de la puissance paternelle, interdit, ce conflit n'est plus à craindre, et c'est à la mère que doit revenir l'exercice de l'autorité paternelle.

Le législateur s'en est expliqué, comme nous l'avons vu, pour le cas d'absence, et il est indéniable que l'art. 141 constitue une puissante raison d'analogie pour combattre les arguments *a contrario* tirés des art. 373 et 381.

De même, l'art. 149 porte que si l'un des époux est dans l'impossibilité de donner son consentement, le consentement de l'autre suffira. Cette disposition démontre de quel esprit s'est inspiré le législateur : il a entendu donner au père la prépondérance tant qu'il est capable d'exercer ses droits ; mais au cas où il cesse de l'être, la mère reprend elle-même l'exercice d'un droit qui lui est propre, et dont l'exercice ne lui a été refusé que dans un intérêt supérieur.

Telle était aussi la solution admise dans l'ancien droit. Pothier reconnaissait à la mère le droit d'exercer la puis-

sance paternelle dans le cas où le père « par suite de sa *démence* ou de son absence ne pourrait pas l'exercer ¹ ».

Remarquons d'ailleurs que si l'on n'accorde pas à la mère la puissance paternelle, il faudra recourir à la nomination d'un tuteur, lequel dans l'impossibilité où il serait d'exercer la puissance paternelle, laquelle ne peut être cédée, serait nécessairement soumis aux règles ordinaires de la tutelle. N'est-ce pas se mettre en contradiction avec les termes de la loi elle-même, qui ne donne ouverture à la tutelle que dans le cas de la mort de l'un des époux ?

Nous déciderons donc que la mère aura la puissance paternelle en cas d'interdiction du père, et qu'elle l'exercera, non comme tutrice, mais comme mère ; il en serait ainsi alors même qu'elle ne serait pas tutrice de son mari interdit.

Décidons également que la mère aura en ce cas l'usufruit légal.

La question est à cet égard la même que pour l'absence, et il faut adopter la même solution. La mère aura droit aussi à l'administration des biens de ses enfants.

Pour nous, qui lui accordons l'usufruit légal, la question ne présente aucune difficulté ; mais même parmi les auteurs qui lui contestent le droit à la jouissance, il en est qui lui accordent l'administration des biens, et cela non seulement quand elle est tutrice, ce qui va de soi, mais même quand elle ne l'est pas. Seulement, dans ce dernier cas, ils ne la lui reconnaissent que pour les biens dont le père n'aurait pas l'usufruit (art. 387).

1. *Traité des personnes*, t. III titre vi, section 2. — Dans le même sens : Demolombe, t. VI, n° 296, et t. VII, n° 27, et t. VIII, n° 614 ; Marcadé sur l'art. 373, § ; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1071 ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 245 ; Laurent, t. IV, n° 262 et t. V, n° 302 et 303. — *Addé Cassat.*, 27 novembre 1816 et 9 août 1817 (*Dalloz*, v° *Interdiction*, n° 164).

Le système auquel nous nous sommes rallié nous paraît tout à la fois et plus simple et plus logique.

Le consentement de la mère suffirait-il à l'enfant qui veut se marier alors que le père est interdit?

Le jugement d'interdiction est généralement regardé comme une preuve de l'impossibilité pour le père de manifester son consentement, ce qui, par application de l'article 149, dispense l'enfant de l'obligation de le consulter.

M. Laurent soutient cependant que l'interdit n'est pas nécessairement incapable de manifester sa volonté, puisqu'il peut avoir des moments lucides, et, dans ces moments, donner ou refuser valablement son consentement.

Nous ne saurions admettre cette théorie, et nous pensons, avec la grande majorité des auteurs, que le père interdit doit être considéré comme étant toujours dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La loi, en effet, a eu pour but, dans ses dispositions relatives à l'interdiction, d'éviter les difficultés qui pouvaient se produire sur le point de savoir si par rapport à tel acte le fou se trouvait ou non dans un intervalle lucide ; elle a très sagement établi une présomption légale d'incapacité : ce n'est pas pour un acte aussi grave que le mariage qu'il faut faire exception à cette règle en le laissant en butte à de semblables contestations.

Le consentement de la mère seule suffirait aussi si le père se trouvait interné dans une maison d'aliénés, puisque tout le temps que dure cet internement, le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle : le futur époux n'aurait qu'à présenter le certificat d'admission.

Il peut se présenter un autre cas qui offre plus de difficulté : le père n'a plus sa raison, mais il n'est ni interdit ni placé dans un établissement d'aliénés. Comment faire

constater l'impossibilité où il est de manifester son consentement ? Vazeille enseigne ¹ que le tribunal, après avoir pris l'avis du conseil de famille, pourra permettre à l'enfant de passer outre et de se marier avec le seul consentement de sa mère. Nous regarderions, quant à nous, une pareille décision comme absolument arbitraire, et nous doutons fort qu'aucun tribunal s'arroge jamais un tel droit.

Un système absolument opposé consisterait à dire qu'il faut nécessairement, pour pouvoir se passer du consentement du père insensé, faire prononcer son interdiction ou ordonner son placement dans une maison d'aliénés ².

Ce système nous paraît, par contre, trop absolu, et une telle exigence nous semble exagérée ; elle risquerait d'entraîner des retards qui peuvent être fâcheux. D'un autre côté, pourquoi forcer la famille à prendre une pareille décision, alors qu'il lui répugnera souvent de faire prononcer une interdiction qui, à tous les autres points de vue, ne serait pas nécessaire.

Duranton ne voit pourtant que ce moyen de possible, à moins qu'on ne puisse arriver à faire donner au père ce consentement tel quel : « il répugnerait à la raison, dit-il, de voir donner un consentement dans un acte solennel par un individu entièrement dépourvu de discernement et de volonté » ³.

Nous croyons que mieux vaudrait recourir à un moyen qui, s'il présente encore l'inconvénient de retarder le mariage, nous paraît du moins concilier l'intérêt de l'enfant et les sentiments de la famille. Il suffirait de présen-

1. *Traité du mariage*, p. 164.

2. Delvincourt, t. 1^{er}, note 1, p. 89; Toullier, t. 1^{er}, n° 543.

3. Duranton, t. II, n° 85.

ter une requête aux tribunaux à l'effet de faire constater par jugement l'aliénation mentale ¹.

Nous avons établi que le consentement de la mère suffisait au futur époux dans le cas d'interdiction du père ou de son internement dans une maison d'aliénés.

Supposons maintenant que l'enfant a contracté le mariage sans consulter sa mère et demandons-nous à qui appartiendra le droit d'agir en nullité.

Il est certain que tant que durera l'incapacité du mari la mère pourra agir, mais s'il vient à recouvrer la capacité par suite de la levée de l'interdiction ou de la sortie de la maison d'aliénés, est-ce toujours la mère ou seulement le père qui pourra agir ² ?

Le système qui admet que l'action n'appartient en ce cas qu'au père a pour lui l'appui de grandes autorités ; il ne nous paraît pourtant pas exempt de toute critique. Il nous semble en effet contraire aux termes mêmes de la loi. L'art. 182 porte : « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère... ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis. » Le consentement du père était-il requis dans le cas qui nous occupe ? Nullement, puisqu'il était remplacé par la représentation du jugement prononçant l'interdiction. C'est au contraire le consentement de la mère qui était exigé, c'est donc à elle qu'appartient le droit d'agir en nullité, si elle n'a pas été consultée ³.

1. En ce sens : Poitiers, 11 mars 1830 (Dalloz, 1830, II, 173). — *Junge* : Demolombe, t. III, n° 43; Laurent, t. II, n° 314; Aubry et Rau, p. 73, note 31.

2. La même question se présenterait pour le cas d'absence du mari, et notre solution serait la même dans les deux cas.

3. En ce sens : Allemand, *Traité du mariage*, t. I^{er}, n°s 577 et 578, et Dalloz (*v° Mariage*, n° 475).

Nous admettons aussi, par une conséquence logique, que le père redevenu capable ne pourrait même pas ratifier le mariage ainsi contracté au mépris de la loi ¹ (art. 149). Ratifier, c'est en effet consentir après coup ; ce consentement rétroagit et est ainsi censé avoir été donné dès l'origine. Le droit de ratifier ne peut donc appartenir ici qu'à ceux dont le consentement était nécessaire au moment même du mariage ; c'est donc à la mère seule qu'appartiendrait le droit de ratifier ; et si elle ne le fait pas, elle conserve le droit de demander la nullité du mariage.

On se récrie : comment accorder à la mère le droit de faire annuler un mariage que le père lui-même approuve ! — Pour répondre à cet objection, il suffit de rappeler qu'elle ne peut intenter cette demande qu'avec l'autorisation du mari ou de la justice, ce qui ôte à l'exercice de son droit tout caractère exorbitant. Ce sera donc en réalité le père, puisque c'est lui qui doit, comme mari, autoriser sa femme, qui, par l'intermédiaire de la mère, fera annuler le mariage. Et si l'autorisation émane des juges, leur intervention ne suffit-elle pas à écarter toute conséquence fâcheuse ?

En ce qui concerne les autres droits de la mère durant l'interdiction de son mari, droit de correction, droit d'émancipation, droit de consentir à l'adoption ou à la tutelle officieuse, etc., il faudra appliquer les mêmes règles que dans le cas d'absence du mari. Nous avons exposé ces règles dans notre Section I. Les controverses qui ont été soulevées sont les mêmes et elles doivent recevoir les mêmes solutions. Nous ne pouvons donc que renvoyer ici aux explications que nous avons déjà données.

1. Valette, sur Proudhon, t. I^{er}, p. 436, note a.

SECTION IV

CONDITION DE LA MÈRE APRÈS LA PERTE PAR LE PÈRE DE LA PUISSANCE
PATERNELLE PAR SUITE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 334 ET 335
DU CODE PÉNAL.

Le père qui s'est rendu coupable des faits prévus par l'art. 334 C. pén. encourt, en outre d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 300 à 1.000 fr., la privation des avantages et des droits que lui confère sur la personne et les biens de l'enfant la puissance paternelle. (*Cf.* art 1 de la loi du 24 juillet 1889.)

La mère pourra être en ce cas investie par les tribunaux de tous les droits dont le père se trouve privé (loi du 24 juillet 1889, art. 9).

Avant cette loi, elle en était investie de plein droit, mais il y avait lieu de penser que les tribunaux pourraient les lui enlever pour ne pas que, sous le nom de la mère, le père exerçât en fait une puissance qui ne lui appartenait plus en droit.

Aujourd'hui, aux termes de l'importante loi promulguée il y a quelques mois, après la déchéance de plein droit encourue par le père dans le cas dont il s'agit (et dans trois autres cas sur lesquels nous reviendrons), le ministère public ou les parents jusqu'au degré de cousin germain peuvent saisir la juridiction compétente, qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère doit ou non exercer le droit de puissance paternelle. Les tribunaux de répression peuvent également statuer sur l'attribution de la puissance paternelle à la mère.

Quelle est l'étendue de la déchéance encourue par le mari, et par conséquent quels seront les droits auxquels la

mère se trouvera substituée si elle est investie par les tribunaux de la puissance paternelle?

On a soutenu, sous l'empire du Code, que le père ou la mère qui a encouru les peines prononcées par l'art. 335 perdait le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à l'émancipation de ses enfants¹.

C'était là une solution inadmissible, en ce qui concernait du moins le consentement au mariage ou à l'adoption. La disposition de l'art. 335, constituant une déchéance, une peine, cette peine ne pouvait être étendue, eu égard au principe que nous avons rappelé : *odiosa restringenda*.

L'art. 335 n'enlevait au père que les droits qui lui étaient conférés au Titre de la Puissance paternelle, et les droits de consentement au mariage et à l'adoption, étant réglés au titre de l'adoption et du mariage, n'étaient par conséquent pas visés par l'art. 335 et devaient donc rester au père. On faisait remarquer d'ailleurs que cette décision ne présentait pas de réels inconvénients : le législateur n'avait voulu que relâcher le lien entre l'enfant et le père ou la mère indigne, et diminuer la fréquence des rapports, qu'il devait avoir avec eux : or, pour les actes précités l'enfant pouvait, disait-on, demander le consentement et le conseil du père ou de la mère sans qu'il y eût lieu de craindre pour lui une mauvaise influence.

La question a été tranchée par un texte précis. « La déchéance aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889 s'étend « à tous les droits qui se rattachent à la puissance paternelle, et notamment à ceux énoncés aux articles 141, 148, 150, 151, 346, 361 ».

En ce qui concerne l'émancipation, la solution est éga-

1. Valette, sur Proudhon, t. II, p. 351, note a.

lement donnée par le même article 1^{er} qui vise l'art. 477 C. civ.

Mais même avant que la loi eût expressément statué, la solution qu'elle a consacrée paraissait déjà devoir être adoptée, à la différence de ce que nous venons de dire pour le consentement au mariage ou à l'adoption.

Il est vrai que les dispositions relatives à l'émancipation sont inscrites au Titre de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation, et non au Titre de la Puissance paternelle ; mais ce n'en est pas moins un droit qui dépend de la puissance paternelle et qui ne peut donc appartenir qu'à celui qui exerce cette puissance. Tout autre pouvait sembler le droit de consentir au mariage ou à l'adoption, ce droit ne dérive pas nécessairement de la puissance paternelle proprement dite, puisque les ascendants qui n'ont pas l'exercice de cette puissance sont pourtant appelés à donner, à défaut des père et mère, leur consentement au mariage. L'art. 335 C. pén. enlevant au père l'exercice de la puissance paternelle, comment admettre que le père pourrait affranchir l'enfant d'une puissance qu'il ne conserve plus ?

On devait donc, même avant la loi nouvelle, décider qu'au cas où le père avait encouru les peines portées par l'art. 335 C. pén., c'est à la mère qu'appartenait le droit d'émancipation.

Mais nous rappelons que la question a été tranchée par le législateur de 1889 aussi bien pour le droit de consentir au mariage ou à l'adoption que pour l'émancipation.

Les père et mère qui se sont rendus coupables du dé-

1. En ce sens : Demante, t. II, n° 243 bis III et IV ; Laurent, t. IV, n° 290. *Contrà* : Demolombe, t. VI, n° 362, 421. *Vide. supra*, p. 236.

lit prévu par l'art. 334 ne perdent-ils, par le fait de leur condamnation, l'exercice de la puissance paternelle que sur la personne et les biens de l'enfant par rapport auquel a été commis le délit, ou perdent-ils également l'exercice de cette puissance sur la personne et les biens des autres enfants ?

C'est encore là une question qui a été résolue par la loi du 24 juillet 1889 (art. 1^{er}), dans les termes suivants : « Les père et mère et ascendants sont déchus de « plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les « droits qui s'y rattachent, notamment. . . . 1° s'ils sont « condamnés par application du § 2 de l'art. 334 C. pén. » »

La solution consacrée par la loi nouvelle était déjà proposée sous l'empire du Code par un parti considérable dans la doctrine ¹. Il est certain que la solution inverse était plus conforme aux considérations de morale, mais elle l'était moins au texte de la loi : l'art. 335 C. pén. ne parlait, en effet, que des droits *sur l'enfant* et non pas *sur les enfants*, et c'était encore le cas d'appliquer le principe : *pœnalia non extendenda*. Le législateur a comblé cette lacune, et il a bien fait.

Autre question. Le père encourant la déchéance de l'art. 335 perd son droit à l'usufruit légal : on s'est demandé si, dans le cas où la puissance paternelle est déférée à la mère, ce droit lui sera transmis ou s'il reviendra à l'enfant. La loi nouvelle est muette sur ce point : elle se borne, dans son article 9, à disposer que « la juridiction compétente décidera si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les

1. Magnin, t. I^{er}, n° 302; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 373, note 17; Laurent, t. IV, n° 342.

droits de la puissance paternelle *tels qu'ils sont définis par le Code civil.*

Nous avons déjà tranché cette question dans le premier sens aux cas d'absence et d'interdiction judiciaire du père. Il est vrai que la raison de douter serait plus grande ici. En effet, si l'on attribue l'usufruit à la mère investie de la puissance paternelle, le père en profitera indirectement, et par conséquent le but de la loi risque de ne pas être atteint. Malgré la gravité de cet argument, nous ne croyons pas que cette raison suffise pour infliger une véritable punition à la mère qui n'a aucune faute à s'imputer ; c'est le tribunal même qui l'a décidé en lui attribuant la puissance paternelle. (Art. 9, 1^o.)

On arriverait d'ailleurs, dans le système que nous combattons, à un résultat bizarre. L'usufruit serait éteint pendant la vie du père, et à sa mort il revivrait pour la mère. Il ne faut pas oublier que cet usufruit est la compensation du devoir d'éducation : il doit donc être accordé à la mère par cela seul que cette obligation d'éducation lui incombe. Dire que la mère n'aura aucune compensation tant que le père vivra, mais que son droit s'ouvrira à la mort de celui-ci, alors pourtant qu'à ce moment aucun changement ne se sera opéré par rapport aux obligations qu'elle a à remplir, et alors que ce devoir d'éducation lui a été imposé depuis longtemps déjà peut-être, c'est manquer absolument de logique. On comprend parfaitement au contraire l'attribution de l'usufruit à la mère lors de la mort du père, quand celui-ci exerçait la puissance paternelle et par conséquent le droit de jouissance ; si l'usufruit appartient alors seulement à la mère, c'est qu'alors seulement aussi le devoir d'éducation commence à peser

sur elle. C'est l'application de l'art. 384, où la loi n'a traité que *de eo quod plerumque fit* : en dehors du cas qu'elle a prévu, et qui est le cas ordinaire, sa solution ne doit plus être la même.

En résumé, le législateur a voulu que celui qui exerce la puissance paternelle ait aussi la jouissance légale : il a accordé cette jouissance au mari pendant la durée du mariage, parce que c'est lui qui exerce ordinairement l'autorité paternelle ; mais au cas où c'est la mère qui exerce cette puissance, c'est à elle que le droit de jouissance doit être reconnu ¹.

SECTION V

CONDITION DE LA MÈRE APRÈS L'INTERDICTION LÉGALE DU PÈRE

L'interdiction légale diffère profondément de l'interdiction judiciaire. Celle-ci n'est qu'une mesure de protection pour des individus que la maladie empêche de veiller à leurs intérêts et de s'occuper de leurs affaires. L'interdiction légale constitue au contraire une peine ; seulement, à côté de son caractère pénal, elle donne lieu aussi à des mesures qui ne sont prises que dans l'intérêt de l'interdit. La loi organise les dispositions à prendre par rapport aux biens du condamné, puisqu'il ne peut plus s'occuper de l'administration de ces biens. Mais il n'en est pas moins certain que le caractère de l'interdiction est par-dessus tout pénal, et que par conséquent l'interprète doit s'en tenir strictement à la lettre de la loi, sans rien ajouter aux déchéances qu'elle prononce.

1. Le Code civil italien, dans son art. 231, édicte que la jouissance légale passe à la mère, si le père en est exclu pour des causes personnelles.

Appliquons cette règle à notre matière. La loi enlève au condamné l'administration de ses biens et la confie à un tuteur assisté d'un subrogé-tuteur. (Art. 29 C. pén.) Mais aucune disposition légale, sauf le cas prévu au § 4 de l'art. 1^{er} de la loi de 1889, ne lui enlève de plein droit l'autorité paternelle; il doit donc la conserver, à moins que, conformément au § 1^{er} de l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux civils, sur la demande des parents jusqu'au degré de cousin germain, ou du ministère public, ne l'aient déclaré déchu des droits dérivant de la puissance paternelle au cas de condamnation « aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion, comme auteur ou complice d'un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 C. pén. »

Ajoutons, aux termes de l'art. 9 de la même loi, que les tribunaux de répression ont également le droit de prononcer cette déchéance. En l'absence de pareille décision des tribunaux, si, dans les cas de déportation, de détention ou de condamnation pour crimes prévus par les art. 86 à 101 C. pén., nous admettons que le père interdit légalement continue à rester investi de la puissance paternelle, nous pensons néanmoins que pendant toute la durée de la peine l'exercice de cette puissance sera en tout cas suspendu pour lui. Comment pourrait-il, en effet, veiller à l'éducation de ses enfants alors qu'il en est éloigné pour longtemps peut-être, et qu'il ne pourrait certainement pas exercer sur eux la surveillance dont il est chargé pour leur éducation? Comment pourrait-il connaître les dispositions et les aptitudes de ses enfants, s'il en est depuis longtemps séparé?

Il faut en dire autant de l'administration des biens, et ici l'art. 29 C. pén. fournit un argument *a fortiori*: il or-

donne en effet qu'il soit nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour l'administration des biens de l'interdit. Comment celui-ci, que la loi juge incapable de gérer ses propres biens, pourrait-il être capable de gérer les biens de ses enfants ? Cette disposition de l'art. 29 C. pén. est d'ailleurs motivée par une double raison. La loi n'a pas voulu que le condamné eût entre ses mains des sommes qu'il pourrait employer à acheter la complaisance des gardiens, et, sinon à se faciliter des chances d'évasion, du moins à se procurer un bien-être qui doit-lui être refusé.

D'un autre côté, elle s'est montrée par là favorable à l'interdit ; il ne fallait pas que ses biens fussent exposés à dépérir faute d'administration, alors que, même s'il avait eu le droit, il ne pouvait en fait les administrer. Ces deux raisons existent aussi bien pour l'administration des biens de ses enfants que pour celle de ses biens propres.

Ce sera à la mère, selon nous, dans le cas où les tribunaux n'auront pas été appelés à lui attribuer ou à lui refuser la puissance paternelle, qu'appartiendra à la place du père ce droit d'exercer la puissance paternelle : l'art. 372 lui confie, en effet, à cet égard les mêmes droits qu'au père, et il en résulte, comme nous l'avons déjà expliqué pour des cas analogues, que c'est à elle que revient le droit de remplacer le père qui ne peut remplir ses obligations.

Dans les cas où les tribunaux statuant sur la déchéance ont attribué les droits de puissance paternelle à la mère, aucune difficulté ne peut s'élever. Que si au contraire, conformément au droit que leur confère l'art. 9 de la loi, les tribunaux civils ou les tribunaux de répression sur la déchéance du père n'attribuaient pas à la mère la puissance paternelle, elle serait naturellement privée du droit de l'exercer.

Nous avons déjà combattu l'opinion qui veut que ce soit une tutelle qui s'ouvre pour la mère exerçant les droits de puissance paternelle du père. Il ne peut y avoir de tutelle sans qu'un texte de loi l'établisse. Et la loi de 1889 fournit précisément un texte en sens opposé. (Article 10.) « Si l'exercice de la puissance paternelle n'est pas attribué à la mère, le tribunal décide si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun. » Donc jusque-là, il n'y a pas de tutelle. Que serait d'ailleurs cette tutelle ? Sera-ce une tutelle légitime, comme le veulent certains auteurs, ou bien une tutelle dative, comme le soutiennent d'autres ?

On voit, par cette divergence même, qu'en dehors de l'attribution de l'exercice de la puissance paternelle à la mère dans le cas où les tribunaux n'auront pas statué, on est conduit à créer de toutes pièces un système de protection en dehors des termes de la loi. N'est-il pas beaucoup plus simple et plus naturel de laisser en ce cas la mère exercer sur ses enfants une autorité qui lui est reconnue par la loi elle-même ?

Le père, avons-nous dit, conserve la puissance paternelle, dans les cas où les tribunaux ne la lui auront pas enlevée et où il ne l'aurait pas perdue de plein droit : s'il ne l'exerce pas, c'est uniquement à raison des difficultés que crée son éloignement. Mais il est certains actes pour lesquels le consentement des père et mère est demandé ; c'est ainsi que ce consentement est nécessaire à l'enfant qui se marie ou qui veut se donner en adoption, etc. Le consentement du père, quoique interdit légalement, nous semble indispensable dans le cas où il n'a pas été privé expressément ou de plein droit de la puissance paternelle. Il ne s'agit plus d'une série d'actes pour lesquels il n'a

plus en fait l'aptitude nécessaire, il s'agit d'actes isolés et particulièrement graves et pour lesquels son consentement est exigé par la loi. En allant jusqu'à le priver de droits qu'il peut parfaitement exercer, on arriverait en fait à le priver de la puissance paternelle elle-même, et nous avons expliqué que cette puissance ne lui a été enlevée par la loi qu'en des cas expressément spécifiés; elle doit donc lui être conservée tant que les tribunaux ne l'en ont pas privé, la nouvelle loi leur en donne la faculté.

Qu'on ne dise pas que le père est indigne de donner ce consentement; s'il en était ainsi, c'était à la loi seule ou, le cas échéant, aux tribunaux qu'il appartenait de le déclarer expressément; non seulement on ne voit nulle part figurer dans aucun texte une pareille disposition pour les cas qui restent en dehors de la loi de 1889, mais au contraire on y trouve l'injonction adressée aux enfants d'honorer et de respecter leurs père et mère pendant toute leur vie, obligation qu'elle n'a pas fait cesser à la suite de condamnations encourues par les père et mère. Nous avons vu que, même au cas où le père s'est rendu coupable du délit prévu et puni par les art. 334 et 335 Code pénal, et lorsque le Code pénal lui enlève à titre de châtiment les attributs de la puissance paternelle, il eût fallu, avant la loi de 1889, lui reconnaître encore le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants; à plus forte raison faut-il le lui reconnaître dans le cas d'interdiction légale, cas dans lequel, en dehors des cas prévus par l'art. 1^{er} ou de déchéance prononcée par les tribunaux, la loi ne lui a enlevé aucun des droits que lui confère la puissance paternelle.

Nous admettons donc que le consentement du père interdit légalement et qui n'a pas été privé, en vertu de la

loi de 1889, de la puissance paternelle, est nécessaire pour le mariage ou l'adoption de l'enfant : par conséquent, en cas de dissentiment, c'est son avis qui l'emportera. En fait pourtant, c'est de la mère que dépendra le plus souvent la conclusion du mariage; seule elle peut assurer sur ses biens une dot à l'enfant. L'art. 511 qui règle la question de la dot des enfants au cas d'interdiction judiciaire ne se rapporte qu'à celle-ci et nullement à l'interdiction légale.

Le tuteur de l'interdit ne pourrait non plus constituer une dot aux enfants : un tel acte dépasserait absolument ses pouvoirs; un avancement d'hoirie constituant un acte d'aliénation à titre gratuit. Ajoutons que la loi n'a pas voulu que l'interdit puisse disposer de ses biens, et cela pour l'empêcher d'arriver, en se créant des sympathies, à adoucir sa situation de condamné. Or, la constitution de dot est un acte de disposition, et le tuteur ne peut faire un pareil acte au nom de l'interdit ¹.

La mère seule pourra donc doter ses enfants, et elle le fera non avec l'autorisation du mari mais avec celle de la justice ². Seulement elle ne pourrait, selon nous, disposer à ce titre que de ses propres biens, et elle ne pourrait donner à l'enfant des biens de la communauté : ces biens sont, en effet, pour moitié des biens du mari, et par conséquent ne peuvent être donnés sans l'assentiment de celui-ci : assentiment qui, comme nous l'avons vu, ne peut être demandé.

La mère ne pourra donc que donner les biens qui lui appartiennent à elle-même; par là nous entendons

1. Cf. Humbert, *Conséquences des condamnations pénales*, n° 437.

2. Art. 221 et 222 Code civil.

non seulement ses biens propres, sous le régime de communauté, mais aussi, si elle est mariée sous le régime dotal, ses biens dotaux, qu'elle pourra donner par application de l'art. 1556 : l'autorisation du mari devant dans ce cas être remplacée par celle de justice, comme au cas d'absence ¹.

Les effets de l'interdiction légale ne peuvent, comme on sait, durer plus longtemps que la peine elle-même : la mère devra donc restituer au père l'exercice de tous ses droits dont il n'aurait pas été privé expressément en vertu de la loi de 1889, aussitôt que l'interdiction aura cessé par suite de l'expiration de la peine.

SECTION VI

CONDITION DE LA MÈRE LORSQUE LE PÈRE A ENCOURU SOIT LA DÉGRADATION CIVIQUE EN VERTU DE L'ART. 42 DU CODE PÉNAL. SOIT L'INTERDICTION DE CERTAINS DROITS CIVIQUES, CIVILS ET DE FAMILLE.

La dégradation civique est régie par l'art. 34 C. pén. qui énumère toutes les déchéances résultant de cette peine.

Parmi ces déchéances ne figure pas la privation de la puissance paternelle.

Le dégradé civiquement ne peut, il est vrai, aux termes de cet article, faire partie d'aucun conseil de famille ; il ne peut être tuteur ou subrogé-tuteur, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la

1. Argument de l'art. 221.

famille (art. 34-4° C. pén.). Mais de ce qu'il ne peut être tuteur d'un étranger ou de ce que des réserves sont apportées par la loi à l'exercice de son droit de tutelle de ses enfants, on ne saurait conclure qu'il est privé du droit d'exercer la puissance paternelle, en dehors des cas où peut s'appliquer la loi de 1889. Le droit de tutelle et celui de puissance paternelle sont bien distincts : celui de puissance paternelle dérive du fait même de la paternité, et la peine prononcée ne fait pas perdre au condamné sa qualité de père. Il peut, quelque coupable qu'ait pu être sa conduite, conserver pour ses enfants le même intérêt, la même tendresse qu'avant sa condamnation. Ceux-ci n'ont certainement à voir en lui que l'auteur de leur vie, et ils doivent continuer à lui témoigner honneur et respect.

La tutelle est au contraire une charge publique, et la loi ne pouvait la confier à celui qui s'est rendu coupable de fautes entraînant une peine aussi grave. Elle lui permet seulement d'exercer la tutelle de ses enfants, pourvu que ce soit conformément à l'avis du conseil de famille.

On pourrait demander si cet avis de la famille ne serait pas nécessaire au père pour lui permettre de conserver l'exercice de la puissance paternelle, dans les cas où cette puissance lui a été laissée, c'est-à-dire en dehors de l'application de la loi de 1889.

Nous ne saurions admettre, quant à nous, cette restriction ; ces deux situations sont fort loin d'être identiques : de ce qu'on ne peut être tuteur, il ne s'ensuit nullement, nous l'avons dit, qu'on ait perdu le droit d'exercer l'autorité paternelle, et, de même, de ce que le père ne peut être tuteur de ses enfants que sous certaines conditions, il ne s'ensuit nullement que cette condition doive être égale-

ment remplie pour qu'il puisse continuer à exercer la puissance paternelle.

Dans presque tous les cas où le père est frappé de dégradation civique, la peine étant afflictive et infamante, il est frappé en même temps d'interdiction légale et ne peut par conséquent être tuteur. Dans les cas très rares où la peine est simplement infamante, le père se trouve appelé à la tutelle après la mort de la mère. En ce cas, le contrôle de la mère n'existant plus, il y a lieu de convoquer le conseil de famille, qui aura à se prononcer sur le point de savoir si la tutelle doit être accordée au père. Quand, au contraire, la mère vit, sa présence et le contrôle qu'elle exerce nécessairement remplaceront l'avis du conseil de famille : conseil qui d'ailleurs n'existe pas en ce cas et qu'il faudrait convoquer tout exprès. Ce sont là encore des arguments qui viennent fortifier la solution à laquelle nous nous sommes arrêté.

Tout ce que nous avons dit du père dégradé civiquement doit s'appliquer au père contre lequel les tribunaux correctionnels ont prononcé l'interdiction de certains droits civiques, civils, de famille (art. 42-6°). Les termes de cet article sont en effet identiquement les mêmes que ceux de l'art. 34.

Nous devons donc décider que, dans ce cas comme dans le précédent, le père durant le mariage conservera sans aucune restriction l'exercice de la puissance paternelle, sauf si elle lui est enlevée, en vertu de la loi de juillet 1889, dans les cas qu'elle a spécifiés.

SECTION VII

CONDITION DE LA MÈRE LORSQUE LE PÈRE A ENCOURU LA DÉCHÉANCE
RÉSULTANT DE L'APPLICATION DES ART. 1^{er} (2^o 3^o 4^o), ET 2 DE LA LOI
DU 24 JUILLET 1889.

En dehors des faits punis de peines édictées par l'art. 335 C. pén. ou pouvant entraîner soit l'interdiction légale soit la dégradation civique, la loi du 24 juillet 1889 a introduit des cas de déchéance de la puissance paternelle.

Sous l'empire du Code, on discutait sur le point de savoir si les père et mère pouvaient être déchus de la puissance paternelle pour cause d'inconduite notoire, ou de mauvais traitements qu'ils auraient exercés sur leurs enfants. Certains auteurs, notamment M. Demolombe, admettaient que le législateur de 1803 avait conféré aux juges un pouvoir de haute surveillance sur l'exercice de la puissance paternelle par les parents. La doctrine était d'ailleurs loin d'être unanimement fixée dans ce sens, et l'opinion contraire comptait des partisans nombreux et autorisés : entre autres M. Laurent, qui protestait contre l'attribution d'un tel pouvoir aux tribunaux dans le silence de la loi, tout en regrettant que le législateur ne se fût pas prononcé. — Son vœu a été exaucé ; le législateur a parlé ; la loi du 24 juillet 1889, dont nous avons déjà étudié certaines dispositions, est venue régler ce point important.

Elle a d'abord, dans son art. 1^{er}, prononcé une déchéance de plein droit contre le père ou la mère dans le cas de certaines condamnations autres que celles prononcées en vertu de l'art. 334, § 2. C. pén.

La déchéance est, en effet, encourue de plein droit aux

termes de l'art. 1^{er} de la nouvelle loi... par les parents... 1° ; 2° s'ils sont condamnés comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme co-auteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants² ; 3° s'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants ; 4° s'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

La loi nouvelle permet en outre aux tribunaux de déclarer déchus de la puissance paternelle : 1° les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion, comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 C. p. ; 2° les père et mère condamnés deux fois pour un des faits suivants : séquestration³, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage ; 3° les père et mère condamnés par application de l'art. 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1853, ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1854 ; 4° les père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ; 5° les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction par application de l'art. 66 C. pén. ; 6° en dehors de toute condamna-

1. Le § 1^{er} concerne les condamnations prononcées en vertu de l'art. 334, § 2, C. pén. — *Vide supra*, p. 271 en ce qui concerne la déchéance encourue par suite de ces condamnations.

2. On remarquera que, sauf le cas d'application de l'art. 463 C. pén., la condamnation prononcée à raison de ces crimes entraîne la dégradation civique et l'interdiction légale : mais nous avons vu (*supra*, p. 279) que ces peines accessoires n'entraînaient pas par elles-mêmes la perte de la puissance paternelle, et qu'il a fallu l'intervention protectrice du législateur pour prononcer cette déchéance dans des cas déterminés ou pour autoriser les tribunaux à la prononcer.

3. Même observation qu'à la note 1.

tion, les père et mère qui, pour leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par des mauvais traitements, compromettent, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants¹; 7° les père et mère auxquels les tribunaux jugent qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant recueilli par l'autorité publique ou par des particuliers². Il n'y a pas dans aucun ces sept cas déchéance de plein droit, mais les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour prononcer cette déchéance sur la demande du ministère public, ou, pour les six premiers cas, sur la demande des parents jusqu'au degré de cousin germain (art. 3 et 21 de la loi).

Les tribunaux de répression, dans le cas où ils prononcent les condamnations qui font encourir la déchéance, peuvent aussi (art. 9, § 2) la prononcer sinon d'office (la loi ne l'a pas dit), tout au moins sur la demande du ministère public qui est partie en cause devant eux.

Si c'est le père qui s'est rendu coupable de tels faits, les tribunaux sont libres, aux termes de l'art. 9 de la même loi, d'accorder ou non à la mère l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants nés ou à naître : la déchéance du père est absolue et s'applique en effet à tous ses enfants nés ou à naître, à moins que les tribunaux, dans le cas où la déchéance n'est pas encourue de plein droit, n'en aient décidé autrement. La loi est muette sur ce dernier point ; mais qui peut le plus peut le moins, et si les tribunaux peuvent laisser au père la puissance paternelle sur tous ses enfants, ils pourront, selon nous, la lui laisser par rapport à tels ou tels de ses enfants, tout en l'en privant pour les autres.

1. Ces six premiers cas sont énumérés à l'art. 2 de la loi de 1889.

2. Art. 21 de la loi de 1889.

En ce qui concerne la mère, les juges apprécieront, suivant les circonstances, si elle est ou non capable d'exercer une pareille charge, et surtout si l'attribution qui lui serait faite de l'autorité paternelle n'aurait pas pour résultat de laisser en réalité les enfants soumis à l'autorité d'un père jugé indigne. Si la mère offre à cet égard comme aux autres des garanties suffisantes, il n'est pas douteux que les tribunaux lui accorderont la puissance paternelle, à laquelle elle est en droit de prétendre du moment que le père ne l'exerce pas.

Dans le silence de la loi et en vertu du même raisonnement que celui que nous avons fait tout à l'heure par rapport à la déchéance du père, il faut décider selon nous qu'ils peuvent aussi ne confier à la mère l'autorité paternelle que sur tels ou tels des enfants ou jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge ; et par exemple, la lui enlever sur les enfants déjà existants, tout en lui confiant des droits sur les enfants à naître pendant la période de leur premier âge ; et il est évident que les juges ne se décideront à enlever à la mère son enfant dans un âge si tendre que s'ils jugent que le séjour dans la maison paternelle lui serait plus nuisible encore que la privation des soins maternels.

Nous avons dit que le père, déchu de la puissance paternelle, perdait cette autorité à l'égard des autres enfants nés ou à naître, à moins que les tribunaux n'en aient décidé autrement dans le cas où la déchéance n'est pas encourue de plein droit, cas pour lequel la loi a statué expressément ¹.

Il en résulte que, si plus tard le mariage du père vient à être dissous et qu'il convole à une nouvelle union, il

1. Art. 1^{er} de la loi de 1889 : « Sont déchus de plein droit à l'égard de tous leurs enfants... »

n'aurait pas la puissance paternelle sur ses enfants du second mariage.

Cette autorité appartiendrait à ceux auxquels les tribunaux civils ou de répression l'auront attribuée.

Les tribunaux pourraient, sur la demande de la seconde femme du père, lui attribuer la puissance paternelle sur les enfants qu'elle aurait de son union avec le père déchu de ses droits. (Art. 9 *in fine*.)

La loi a prescrit, au cas où la mère est prédécédée, déchue, ou au cas où la puissance paternelle ne lui a pas été accordée, l'organisation d'une tutelle dans les termes du droit commun. Cette tutelle diffère cependant de la tutelle ordinaire en ce que, même sans excuses, elle peut être refusée, et en ce que les biens du tuteur ne sont pas grevés d'hypothèque légale, à moins que le tribunal n'eût ordonné la constitution sur les biens du tuteur d'une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée ¹.

Il n'y a pas lieu à l'organisation de cette tutelle dans le cas où les enfants mineurs de 16 ans ont été confiés par les parents à l'assistance publique ou à une administration de bienfaisance régulièrement autorisée, ou même à des particuliers. Il en est de même dans le cas où ces associations ou ces particuliers ont recueilli ces enfants mineurs en se conformant aux formalités prescrites par les art. 19 et 20 de la loi du 24 juillet 1889. En ce cas, les tribunaux peuvent confier à l'assistance publique ou à ceux qui ont recueilli l'enfant tout ou partie de la puissance paternelle, sauf à la rendre ensuite aux père et mère si ceux-ci la réclament et s'ils en sont jugés dignes.

1. Art. 10, loi du 24 juillet 1889.

TITRE II

LA MÈRE LÉGITIME APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE

I

CONDITION DE LA MÈRE VEUVE

La mère devenue veuve a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs envers ses enfants qu'avant la mort du mari.

Nous avons vu pourtant que pendant le mariage ses droits sont en quelque sorte paralysés ; le père a la prépondérance, et son avis l'emporte toujours quand il est contraire à celui de la mère.

La mère n'en exerce pas moins, presque toujours, une influence considérable sur le père, et ce sera souvent elle qui l'aura déterminé à prendre telle ou telle mesure. Mais ce n'est là qu'une influence absolument indirecte, et c'est toujours le père qui agira.

Nous avons vu que, lorsque le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, la mère reprend l'exercice de ses droits. Nous avons à envisager maintenant son rôle alors que le père n'existe plus, rôle qui se trouve dès lors double, puisqu'indépendamment de ses droits propres qu'elle recouvre, elle se trouve appelée à

remplacer en même temps auprès de ses enfants le père qu'ils ont perdu.

Remplaçant le père, elle devra être investie des mêmes droits que lui. Nous verrons cependant que certains de ces droits qui appartenaien^t au père ne sont reconnus à la mère que sous diverses restrictions. L'examen des travaux préparatoires du Code indiquent le motif de ces restrictions, qui tiennent à ce que la nature de la femme est plus faible et plus impressionnable que celle de l'homme.

Les droits attribués à la mère sont plus ou moins étendus, suivant qu'elle est restée veuve ou qu'elle a, depuis son veuvage, convolé en de nouveaux liens. Nous avons donc à examiner successivement la condition de la mère non remariée et celle de la mère remariée : on comprend que le législateur ait voulu différencier les deux situations.

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE VEUVE NON REMARIÉE

SECTION I

OBLIGATIONS QUI SONT IMPOSÉES A LA VEUVE NON REMARIÉE ET DROITS QUE LA LOI LUI CONFÈRE EN SA SEULE QUALITÉ DE MÈRE

§ I

OBLIGATIONS IMPOSÉES A LA VEUVE NON REMARIÉE

La mère, après le décès du père, est seule tenue de l'éducation de ses enfants : cette obligation qu'elle partageait avec le père ne pèsera plus désormais que sur elle, la loi ne l'ayant pas imposée aux ascendants autres que les père et mère.

Elle aura d'ailleurs le droit de donner aux enfants l'éducation qui lui conviendra, et elle n'est nullement tenue de suivre la voie que le père avait tracée.

Elle pourrait même changer la religion dans laquelle les enfants ont été élevés. La question s'est présentée en Angleterre, et il y a été jugé qu'une mère catholique, veuve d'un protestant, pouvait faire abandonner à ses enfants la religion protestante dans laquelle ils avaient été élevés jusque-là, pour leur faire embrasser la religion catholique ¹.

Ce n'est pas de la même manière que la question s'est présentée en France, mais le tribunal de Versailles a été appelé à juger un cas analogue. Il s'agissait d'un père qui, s'étant converti au protestantisme, voulait faire élever ses enfants dans la même religion. Le conseil de famille crut pouvoir pour ce seul motif destituer le père de la tutelle. Mais le tribunal résolut le différend en faveur du père ². La même solution devrait être admise en faveur de la mère. Il faut noter cependant que les juges de Versailles évitèrent de trancher la question de droit, et ne statuèrent qu'en fait.

Ce n'est pas en qualité de tutrice que la mère est tenue d'élever ses enfants, c'est en la qualité de mère : c'est donc la puissance paternelle et non pas la qualité de tutrice qui lui confère le droit de veiller sur ses enfants. Comme nous le verrons plus loin, la mère est tutrice de droit, et dans ce cas elle réunit entre ses mains la puissance paternelle et la puissance tutélaire.

La puissance tutélaire pourrait, au premier abord, paraître superflue ; à quoi servirait-elle à la mère déjà in-

1. Jugement du 21 janvier 1857 (*Droit*, n° du 24 janvier 1857).

2. Jugement du 15 janvier 1856 (*Droit*, 24 janvier 1856).

vestie d'une autre puissance plus étendue encore ? L'explication est très simple ; la tutelle est déferée à la mère non pour lui donner de nouveaux droits, mais pour assurer à l'enfant des garanties que ne lui offre pas la puissance paternelle.

La tutelle donne lieu, en effet, à la constitution d'un conseil de famille et à la nomination d'un subrogé-tuteur chargé de veiller aux intérêts de l'enfant toutes les fois qu'ils se trouveraient en opposition avec ceux de la mère. De plus, les biens de la mère tutrice seront grevés d'une hypothèque légale. Aucune de ces garanties n'existerait si la mère continuait à n'exercer que la puissance paternelle, comme le père durant le mariage, époque où elles n'étaient pas nécessaires. D'une part, en effet, ce n'est que bien rarement que les enfants auront des biens personnels du vivant de leurs père et mère, — et d'autre part, au cas même où ils en auraient, la mère exerçait le contrôle nécessaire sur l'administration légale de ces biens par le père et remplissait en quelque sorte le rôle de subrogé-tuteur.

La mère tutrice a donc une double puissance, mais c'est toujours la puissance paternelle qui prévaut, et pour employer les expressions du Nouveau Denisart : « Lors-
« que le gardien et le tuteur sont deux personnes diffé-
« rentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur
« est éclipsée pendant la garde par celle du gardien ¹. »

C'est donc en sa qualité de mère que le droit d'éducation lui appartient, d'où il suit que ce droit doit lui être maintenu alors même qu'elle aurait renoncé à la tutelle ou qu'elle en serait déchue. Nous aurons, en traitant

1. *De la garde noble*, t. IX, § 12, n° 4.

ultérieurement du droit de garde, à développer les conséquences de ce principe.

La mère tenue d'assurer l'éducation de ses enfants doit remplir cette obligation dans la mesure de la fortune qu'ils possèdent ou, s'ils n'en possèdent aucune, dans la mesure de sa propre fortune. Ce dernier point soulève, au cas de second mariage, certaines difficultés que nous examinerons quand nous traiterons de la mère remariée.

§ II

DROITS CONFÉRÉS A LA VEUVE NON REMARIÉE

A. — *Droit de garde*

Le droit de garde était un attribut de la puissance paternelle, droit dévolu pendant le mariage à la mère aussi bien qu'au père, mais c'était au père seul qu'il appartenait d'agir dans le cas où l'enfant avait quitté sans autorisation le domicile de ses parents.

Après la mort de l'un ou de l'autre, le droit de garde appartient au survivant ; c'est donc la mère qui l'exercera puisque nous supposons que c'est elle qui a survécu.

Ce droit de garde implique le droit de forcer l'enfant *manu militarie* à réintégrer le domicile maternel qu'il aurait quitté ; ce qu'il ne pourrait pas faire sous prétexte de se créer une carrière ou d'entrer dans les ordres religieux.

Rappelons les paroles de Pothier à cet égard. « Du
« droit qu'ont les père et mère de gouverner la personne
« et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient
« en âge de se gouverner eux-mêmes, il résulte que les
« père et mère ont le droit de retenir leurs enfants au-
« près d'eux ou de les envoyer dans tel collège ou autre
« endroit qu'ils jugent à propos de choisir pour leur édu-

« cation; de là il suit qu'un enfant soumis à la puissance
« paternelle ne peut entrer dans aucun état, se faire no-
« vice, faire profession religieuse, contre le consentement
« de ses père et mère sous la puissance desquels il est ¹. »

Ce que Pothier disait pour les père et mère, il faut l'appliquer au survivant des époux après la dissolution du mariage. Et, nous le répétons, ce corollaire du droit de garde, de même que le droit de diriger l'éducation des enfants, appartient à la mère en sa qualité de mère et non pas en qualité de tutrice : elle pourra donc l'exercer alors même que pour un motif quelconque elle n'aurait pas la tutelle.

On pourrait se demander comment cette solution peut se concilier avec celle de l'art. 108, qui décide que le domicile du mineur se trouve de droit chez son tuteur. On en donne généralement l'explication suivante, qui est d'ailleurs des plus simples : l'art. 108 n'est relatif qu'au domicile de droit chez le tuteur, mais la résidence de l'enfant sera chez sa mère, et c'est cette résidence qu'il ne pourra quitter avant sa majorité, sinon du consentement de sa mère.

Il existe pourtant un cas où l'enfant pourra, avant sa majorité, quitter la maison paternelle sans avoir besoin d'aucun consentement : c'est quand il veut s'enrôler dans l'armée. L'art. 374 du Code civil le lui permet en effet sans le consentement de son père, ce qui doit naturellement s'entendre aussi du consentement de la mère, si c'est elle qui exerce l'autorité paternelle. Cette faculté était accordée par le Code à l'enfant à partir de 18 ans. Cet âge a été reculé de deux ans par la loi du 21 mars 1832, art. 32 ²;

1. Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. vi, sect. 2.

2. *Comp.* loi 27 juillet 1872, art. 46, *in fine*, et la loi du 15 juillet 1889, art. 59-6°.

l'enfant pourra donc, à partir de 20 ans, quitter le domicile de ses parents pour entrer dans les rangs de l'armée sans avoir besoin de se munir d'aucune autorisation.

Quelle est la cause de cette dérogation aux principes ? — La raison en était donnée par les anciens jurisconsultes : Pothier disait que l'intérêt public l'emportait sur celui des père et mère, et Bourjon, que « les enfants appartiennent plus à l'État qu'à leur père ¹. »

Mais nous devons faire des réserves, sinon sur le fond du moins sur la forme donnée par Pothier à la raison qu'il met en avant : la puissance paternelle n'est pas d'intérêt privé, mais bien d'ordre public.

M. Laurent demandait que cette disposition fût rayée du Code. « Il y a, disait-il, un intérêt plus grand que celui « du recrutement, c'est l'éducation intellectuelle et morale « des jeunes générations, l'espérance de l'avenir. C'est « cette éducation qui devait être la grande préoccupation « du législateur ². »

Quoi qu'il en soit de cette considération, dont les rédacteurs de la loi militaire de 1889 paraissent s'être moins inspirés que de l'idée de Bourjon, l'art 374 du Code civil, comme aussi l'art. 32 de la loi de 1832, l'art. 46 de la loi de 1872 et l'art. 59-6° de la loi de 1889, montrent que les droits de garde appartiennent à la mère même si elle n'est pas tutrice; son consentement est en effet nécessaire, sans que la loi distingue le cas où elle est tutrice et celui où elle ne l'est pas, et le tuteur n'est investi de ce droit qu'à défaut de la mère.

La mère, tutrice ou non, aura donc la garde de ses enfants ; que si elle ne s'acquitte pas convenablement de

1. *Le droit commun de la France*, t. 1^{er}, p. 34.

2. T. IV, n° 273.

son obligation, si elle néglige de s'occuper de son enfant; si elle l'abandonne moralement, suivant le mot de la loi, il y a un remède à cet état de choses : la loi du 24 juillet 1889 a consacré et régularisé le pouvoir de haute surveillance qui était reconnu généralement aux tribunaux¹ quand il s'agissait de la puissance paternelle. Les tribunaux pourront désormais enlever à la mère le droit de garde pour le confier, selon le cas, soit au tuteur, soit à l'administration de l'assistance publique, soit à des associations de bienfaisance ou même à des particuliers, conformément aux dispositions du titre II de la loi du 24 juillet 1889.

B. — *Droit de correction*

Celui auquel appartient le devoir d'éducation doit avoir aussi le droit de correction, qui n'en est que la conséquence. C'est le cas, en effet, de rappeler le vieil adage : « qui veut la fin veut les moyens ». Si la mère est tenue d'élever ses enfants, elle doit nécessairement pouvoir se faire obéir par eux, et c'est pourquoi la loi lui donne le droit de requérir la détention de ses enfants insubordonnés.

Avant d'entrer dans les détails de l'exercice du droit de correction par la mère, demandons-nous si les parents, si la mère auraient le droit de recourir, pour se faire obéir, à des corrections physiques, à des châtimens corporels.

La question se présente aussi pour le père, et c'est pourquoi nous l'avons laissée de côté en traitant du rôle de la mère pendant le mariage; que si le père n'exerce pas la puissance paternelle, ce serait toujours à lui cependant d'empêcher la mère de maltraiter ses enfants

1. C'était tout au moins l'opinion de Demolombe (t. VI, n° 386) et de Demante (t. II, n° 417 *bis*).

Dans le cas de veuvage, la mère se trouve au contraire sans contrôle domestique, et c'est pourquoi il importe dans ce cas de déterminer quelle est l'étendue de ses droits et de savoir si elle peut ou non infliger à ses enfants des punitions corporelles.

Le Code civil est muet sur ce point; et ce n'est pas comme conséquence des droits d'éducation qu'on pourrait reconnaître un pareil droit aux parents.

Quant à nous, nous ne saurions le leur accorder : il y a là une sorte de droit barbare, un vestige du droit de vie et de mort sur les enfants. Les châtimens corporels sont des punitions qui dégradent autant, sinon plus, ceux qui les infligent que ceux qui en sont l'objet. La loi n'a pu vouloir reconnaître ce droit aux parents ; si elle l'eût voulu, elle n'eût pas manqué de le dire en termes exprès, en reproduisant par exemple une des formules qu'on retrouve dans des anciennes coutumes, et suivant lesquelles « les parents peuvent corriger et battre sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice sinon pour cas de blessures¹ ».

On conçoit encore l'admissibilité de tels droits sous l'ancien régime.

Au xvii^e siècle, en effet, où les châtimens corporels étaient en grand honneur, on n'y recourait pas seulement pour les enfants des roturiers, mais même pour les enfants nobles, et, s'il faut en croire certains témoignages, le grand Dauphin lui-même, fils de Louis XIV, a souvent goûté de ces sortes de réprimandes².

Au dernier siècle déjà on s'élevait contre cette prérogative barbare, et Rousseau n'a pas manqué de la flétrir.

1. Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, sect. III, § 1^{er}, n° 2, p. 42.

2. P. Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 257.

Aujourd'hui, alors que, comme le rappelle M. Laurent, les lois prohibent les coups même à l'égard des forçats, elles ne pourraient les permettre à l'égard des enfants. Ce droit de maltraiter les enfants, qui existait encore au siècle dernier, paraîtra aux générations futures presque aussi monstrueux que nous paraît à nous le droit de propriété qu'accordaient aux parents sur leurs enfants les législations anciennes. Avec la Révolution française, la société moderne est entrée dans la voie du progrès. Elle y avance lentement, mais elle avance quand même.

Un grand magistrat s'était d'ailleurs, dès le xvii^e siècle, placé au-dessus de ces mœurs encore barbares, et c'est à l'avocat général Talon que la jurisprudence moderne a emprunté les règles qu'elle applique aujourd'hui. « Les
« pères qui exercent leur bonté, disait-il, sont alors juges
« souverains ; mais quand ils exercent leur justice et
« qu'ils châtient leurs enfants, leur pouvoir est soumis
« aux juges qui doivent juger leur jugement, *judicia vestra*
« *judicabo*. »

Il est à regretter que nos Cours admettent encore, dans l'application de ces principes, des restrictions qui devraient disparaître. Rappelons à cet égard une espèce intéressante. La Cour de cassation a été appelée à statuer dans les conditions suivantes : il s'agissait d'une mère, Marguerite Baron, femme Lomet, qui avait cruellement maltraité un de ses petits enfants de 6 ans : la Cour d'assises de l'Allier¹ la condamna à 5 ans de travaux forcés et à la peine du carcan, qui n'était pas encore abolie. Sur le pourvoi de la mère, l'arrêt fut cassé, non pas, il faut le dire, parce que la Cour suprême reconnaissait aux pa-

1. Arrêt du 21 octobre 1849.

rents le droit de maltraiter leurs enfants, mais parce que, dans l'espèce, les coups n'avaient occasionné aucune incapacité de travail : ce n'étaient pas les art. 309 et 310 du Code pénal qui devaient être appliqués, comme l'avait décidé la Cour d'appel, mais bien l'art. 311. La Cour de cassation n'a pas admis que la qualité de mère pût être une excuse légale. Elle a rejeté le moyen du pourvoi qui invoquait la loi romaine donnant aux parents le droit de vie et de mort sur leurs enfants. « Considérant, porte l'arrêt, que si la nature et les lois civiles donnent aux père et mère sur leurs enfants une autorité de correction, elle ne leur confère pas le droit d'exercer sur eux des violences ou mauvais traitements qui mettent leur vie ou leur santé en péril ; que ce droit ne saurait être admis surtout contre les enfants qui, dans la faiblesse du premier âge, ne peuvent jamais être coupables de fautes graves ; que la qualité de mère de la condamnée ne peut donc, dans l'état des faits déclarés contre elle, l'affranchir des dispositions du Code pénal ; rejette ce moyen...¹. » C'est par rapport à cette partie de l'arrêt que nous avons tenu à formuler des réserves expresses : nous ne saurions approuver, en effet, la restriction que semble admettre la Cour de cassation. L'arrêt semble dire, en effet, que si la mère n'a pas le droit d'infliger des châtimens corporels à un enfant en bas âge, elle le pourrait au cas où l'enfant serait plus âgé. Nous aimons mieux penser que la Cour n'invoquait le bas âge de l'enfant que comme raison de fait et *a fortiori*, et qu'appelée à statuer sur un cas où il se serait agi d'un enfant

1. Cass. rej. crim., décembre 1819. (Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 48.)

plus âgé, sa décision eût été la même. Quoi qu'il en soit, telle est, croyons-nous, la solution qui doit être admise. Aux termes de la jurisprudence elle-même, les parents ne pourront infliger des peines corporelles à leurs enfants en bas âge. Et s'ils sont plus âgés, ils auront pour se faire obéir un autre moyen que leur reconnaît la loi : c'est le droit de requérir la détention de l'enfant.

C'est de l'exercice de ce droit de détention par la mère veuve que nous avons maintenant à nous occuper.

Nous avons vu que la mère, par cela même qu'elle a le devoir d'élever ses enfants, doit aussi avoir le droit de les corriger ; mais ce droit ne lui a été accordé par la loi que dans des cas déterminés et sous certaines restrictions.

Nous verrons, lorsque nous aurons à traiter de la mère remariée, qu'elle perd par son convol le droit de correction. Même non remariée, ce droit n'est pas aussi étendu pour elle qu'il l'est pour le père.

Le père peut, si l'enfant est âgé de moins de 16 ans et n'a pas de biens personnels, le faire détenir d'autorité pendant un mois.

Si l'enfant est âgé de plus de 16 ans ou s'il possède des biens personnels, il ne peut que requérir la détention pendant six mois au plus ; il s'adresse à cet effet au Président du tribunal, qui délivre ou refuse l'ordre d'arrestation après en avoir conféré avec le Procureur de la République.

La mère veuve n'a jamais, quel que soit l'âge de l'enfant, le droit de le faire détenir par voie d'autorité ; elle n'a que le droit de réquisition que lui reconnaît expressément l'art. 381, et ce droit est soumis pour elle à une condition que la loi n'a pas imposée au père.

La loi prescrit en effet à la mère, pour exercer son droit de correction par voie de réquisition, de s'assurer le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant.

Il faut chercher la première différence dans l'opinion que le législateur a du caractère de la femme, qu'il a considéré comme plus faible, plus craintif, plus impressionnable que celui du mari : « La faiblesse de leur jugement, « dit Pothier, et le caractère d'emportement, assez ordinaire à ce sexe, empêchent qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père ¹. »

Mais c'est aussi de l'intérêt même de la femme que la loi s'est préoccupée. Elle n'a pas voulu que la mère encourût seule une trop lourde responsabilité.

Réal, dans son exposé des motifs du titre de la puissance paternelle, s'expliquait en ce sens le 23 ventôse an II, devant le Corps législatif. Voici les termes de cet exposé sur le point qui nous occupe : « Le législateur a dû prévoir « que la mère, trop faible ou trop légèrement alarmée, « pourrait peut-être trop facilement recourir à ces « moyens extrêmes; d'un autre côté, il a dû penser qu'une « veuve sans défense, dont toutes les actions sont exposées à la critique de la malignité, devait se ménager « dans le concours des deux plus proches parents paternels des témoins impartiaux qui pussent toujours attester la nécessité de cette mesure de rigueur et qui fussent garants de sa bonne administration ². »

Et devant le Tribunat, le rapporteur Vésin émettait les mêmes idées. « Le législateur, disait-il, semble n'avoir

1. *Traité des personnes*, n° 403.

2. *Loché*, t. III, p. 332.

« dans cet article multiplié les précautions et les garanties
« pour les enfants que pour donner une sanction à la fai-
« blesse ou plutôt pour ne pas laisser peser sur une mère
« toute la responsabilité d'une mesure de rigueur ¹. »

La mère devra donc, pour exercer son droit de réquisition, s'assurer le concours de deux parents : il ne suffirait pas qu'elle demandât leur avis, qu'elle les consultât : il faut qu'ils soient d'accord avec elle et qu'ils l'approuvent en s'associant à la demande tendant à faire détenir l'enfant indiscipliné.

Il s'ensuit que si ces deux parents paternels les plus proches ou l'un deux refusait son consentement, la détention deviendrait impossible ².

Faut-il aller jusqu'à exiger, avec Oudot³, que le consentement de ces parents soit donné en même temps par tous deux, et devront-ils ainsi se constituer en quelque sorte en tribunal pour délibérer sur leur décision commune ?

En fait, il arrivera le plus souvent qu'ils prendront, en effet, leur décision après une délibération avec la mère ; mais rien n'infirmerait la validité de leur consentement, alors même qu'ils auraient consenti l'un après l'autre. Que veut la loi ? Qu'il y ait concours des deux parents les plus proches ; or, il y a concours du moment que les deux parents ont consenti, alors même qu'ils n'ont consenti que l'un après l'autre : seulement, dans ce dernier cas, ce concours ne sera acquis que lorsque le second parent aura donné à son tour son consentement.

1. Rapport de Vésin devant le Tribunat, germinal an II. (Locré, t. III, p. 337.)

2. De Belleyrne, *Ordonnances sur référés*, t. I^{er}, p. 14, note 2; Aubry et Rau, § 550, note 46; Locré, sur l'art. 384; Taulier, t. I^{er}, p. 483; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 368, note 48; Demolombe, t. VI, n° 350; Laurent, t. IV, n° 282.

3. *Du droit de famille*, p. 270.

Pourquoi ajouter aux sévérités de la loi ? Elle a soumis à une condition l'exercice du droit de la mère : il suffit de se tenir à cette condition sans renchérir encore sur ses exigences.

Autre difficulté.

La loi demande le concours des deux plus proches parents paternels. Faut-il nécessairement et absolument que ces deux parents soient les deux plus proches ou, s'il était trop difficile d'obtenir leur concours par suite de l'éloignement, ne pourrait-on recourir à deux parents moins proches, mais habitant sur les lieux ?

On admet généralement cette dernière solution, par analogie de l'art. 407, et quelques-uns veulent même que s'il y a urgence, on puisse se contenter de l'avis de deux amis ¹.

Quid si l'enfant n'avait aucun parent paternel ? Comment la mère pourrait-elle agir ? — Sur cette question, il s'est produit plusieurs systèmes.

Le premier consiste à soutenir que la mère perdrait en ce cas son droit de correction ². C'est là, selon nous, une opinion absolument inadmissible : le fait que l'enfant, n'a pas de parents paternels ne saurait rendre inutile le droit de correction de la mère, et elle n'en pourrait pas moins avoir les plus justes motifs de requérir la détention de ses enfants.

D'autres auteurs, prenant le contre-pied de l'opinion de Proudhon, décident qu'au cas que nous prévoyons, la mère pourrait, seule et sans aucun contrôle, exercer le

1. De Belleyme, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 44, note 3; Demolombe, t. IV, n° 332.

2. Proudhon, t. II, p. 277; Allemand, *des Mariages*, t. II, n° 1391.

droit de correction¹; sauf au Président à s'entourer de tous les renseignements qui le mettront à même de décider, puisqu'en somme il ne s'agit que d'un droit de réquisition. Il suffit de faire observer que ce droit, ou plutôt ce devoir, appartient aussi bien au Président lorsque c'est le père qui requiert la détention, et que par conséquent ce système aboutirait à assimiler le droit de la mère à celui du père, ce qui serait manifestement contraire à l'esprit et au texte de la loi. Non que nous pensions qu'il y aurait danger à accorder à la mère seule le droit de correction; mais si ce danger existe, n'est-il pas aussi grand, qu'il y ait ou non des parents paternels? Il y a donc lieu, dans un cas comme dans l'autre, à prendre des mesures pour répondre au vœu de la loi.

Nous pensons donc que s'il n'existe pas de parents paternels, on devra s'adresser ou à des alliés ou à des amis du père. C'est en effet le droit commun; les amis remplacent les parents dans le conseil de famille (art. 409), pourquoi ne les remplaceraient-ils pas ici, et le concours de deux membres du conseil de famille n'offrira-t-il pas une garantie sérieuse dans laquelle le Président ne manquera pas de voir un motif puissant pour donner son approbation à la demande de la mère?

Il lui est très difficile, en effet, de ne s'inspirer pour sa décision que de son propre pouvoir d'appréciation : comment serait-il au courant des faits, puisque le plus souvent il ne connaît ni l'enfant ni la mère. Si la loi avait regardé l'appréciation du Président comme suffisante, elle n'aurait pas imposé à la mère l'obligation de s'assurer le con-

1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I^{er}, n° 557; Laurent, t. IV, n° 282; Toullier, t. I^{er}, p. 483; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 368.

cours de deux parents, et elle lui aurait accordé le droit de faire détenir l'enfant même après son convol à de secondes noces.

Si donc le législateur a cru utile de recourir à d'autres précautions, à d'autres garanties, ces garanties ne sont ni plus ni moins nécessaires, que l'enfant ait ou non des parents paternels ¹.

Le père qui aura ordonné ou requis la détention de son enfant reste toujours maître d'abréger la durée de cette détention. Faut-il reconnaître le même droit à la mère ? C'est encore là une question sur laquelle la doctrine est très divisée.

Certains auteurs ² enseignent que ce droit ne doit pas être reconnu à la mère, l'art. 381 ne se référant pas à l'art. 379, qui serait ainsi spécial au père.

D'après un second système, la mère pourrait pardonner à l'enfant coupable, mais le concours des parents paternels, nécessaire à la mère pour qu'elle puisse faire détenir l'enfant, serait exigé aussi lorsqu'il s'agit de son élargissement. « En effet, dit Marcadé, si une mère, après avoir
« fait enfermer son enfant, pouvait le rendre seule à la
« liberté, on la verrait souvent, après une seule nuit
« passée dans les larmes et les regrets, user promptement
« de cette faculté, demander presque excuse, par ses causes, à un enfant qui rirait bientôt de son autorité, et
« transformer ainsi son pouvoir protecteur en une arme
« fatale à elle et à l'enfant lui-même³. »

1. En ce sens : Valette, sur Proudhon, t. II, p. 247; Aubry et Rau, § 550, note 17; Boistel, *le Droit dans la famille*, p. 348 et 349; Demolombe, t. VI, n° 353; Marcadé, sur l'art. 382, III; Demante, t. II, n° 126 bis; Toullier, t. II, n° 1057 et note.

2. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 247.

3. Sur l'art. 382, III. — Voir aussi Taulier, t. I^{er}, p. 483; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1100; Laurent, t. IV, n° 283.

Enfin d'après un troisième système, auquel nous nous rallions, la mère pourrait user de la faculté inscrite à l'art. 379, et elle pourrait pardonner à son enfant sans avoir recours à l'avis de deux parents paternels.

Voici pourquoi ce système nous paraît préférable aux deux autres : d'abord, il ne faut pas dire que l'art. 381, qui accorde à la mère le droit de correction, ne se référant pas à l'art. 379, le droit de grâce n'appartiendrait qu'au père et non pas à la mère. Les dispositions contenues à l'art. 379, comme celle de l'art. 378, sont des dispositions générales qui doivent s'appliquer à la mère aussi bien qu'au père. Si d'ailleurs on s'en tenait strictement à la rigueur du raisonnement que l'on tire de l'absence de référence de l'art. 381 à l'art. 379, il faudrait décider que la mère ne pourrait pas non plus requérir de nouveau la détention de l'enfant au cas où il viendrait à tomber dans de nouveaux écarts : c'est en effet dans l'art. 379 que cette disposition se trouve contenue.

Ajoutons qu'il serait inique que l'enfant qui s'est corrigé, qui se repent, ne puisse être l'objet d'un pardon mérité. Celui auquel appartient le triste droit, ou plutôt le devoir de punir doit avoir par contre le droit plus doux de pardonner, droit qui n'est que la conséquence de l'autre. Et ce droit, la mère doit pouvoir l'exercer seule. Si l'art. 381 rend nécessaire le concours de deux parents paternels lorsqu'il s'agit de faire détenir l'enfant, autre chose est l'exercice de cette rigueur, autre chose l'exercice du droit de pardon.

Le législateur n'a pas voulu que la mère pût seule punir si gravement son enfant, mais quand il s'agit du pardon, il n'a pas cru la mère trop faible. S'il avait craint cette faiblesse, s'il avait voulu prémunir l'autorité mater-

nelle contre un pardon trop légèrement accordé, aurait-il laissé la mère seule juge du point de savoir si elle doit ou non punir son enfant, sans que les parents paternels puissent la contraindre à agir ? Évidemment non : Bien plus, l'ordre d'arrestation une fois obtenu, la mère est encore libre de le faire exécuter ou non ; on parle de la faiblesse de la mère, n'est-ce pas alors qu'il y aurait eu lieu de la craindre ?

Concluons que le droit de grâce appartient à la mère, et qu'il eût fallu, pour le lui enlever, un texte formel qui n'existe pas : et ajoutons que ce droit doit lui appartenir sans aucune restriction, puisque la loi n'en a fait aucune ¹.

C'est le cas de rappeler encore les éloquentes paroles de l'avocat général Talon ; « Les pères (ou la mère si elle exerce la puissance paternelle) qui exercent leur bonté envers leur enfant sont alors juges souverains... » La mère, mieux que personne, connaît le caractère de son enfant ; c'est à elle de juger si la punition a été ou non assez forte, et si la détention a été assez prolongée.

L'enfant dont la détention a été prononcée sur la réquisition de la mère pourra-t-il faire appel du jugement qui ordonne l'arrestation ? Ce droit lui est expressément conféré par l'art. 382 au cas où il a des biens personnels ou dans le cas où il exerce un état. Mais, d'après une opinion qui compte des partisans très autorisés, ce droit d'appel doit être étendu à tous les cas où la détention est provoquée par voie de réquisition ; nous n'avons pas à entrer dans cette controverse, qui n'est pas spéciale au cas où

1. En ce sens : Demolombe, t. VI, n^{os} 354-356; Aubry et Rau, § 550, note 23; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 247, note 6; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I^{er}, n^o 555; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 367; De Belleyme, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 14.

c'est la mère qui exerce le droit de réquisition, et nous nous bornons à indiquer les principales autorités pour et contre ¹.

Une dernière observation avant d'en finir avec le droit de correction qui appartient à la mère.

Le droit de requérir la détention de l'enfant étant une conséquence de la puissance paternelle ne peut être exercé que par des parents français. Les dispositions de notre Code qui le régissent constituent en effet une loi personnelle dont ne peuvent se prévaloir que les Français, et nous ne saurions partager l'avis de M. Demolombe ², qui y voit des lois de police et de sûreté, applicables, par conséquent, à tous ceux qui habitent le territoire français.

La mère étrangère ne pourrait donc, selon nous, recourir à cette voie de répression.

C. — *Droit pour la mère veuve de consentir au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse de son enfant, à son entrée dans les ordres religieux.*

Après la mort du père, le consentement de la mère veuve suffit pour le mariage, l'adoption, la tutelle officieuse ou pour l'entrée de l'enfant dans les ordres religieux (art. 149, 346 et 361 C. civ.). Mais il faut que le décès du père soit prouvé. La preuve se fera régulièrement par la présentation de l'acte de décès; mais il peut arriver que la mère survivante ignore si le père est décédé et à quelle date. En ce cas, certains auteurs inclinent à appliquer

1. Dans le sens de l'extension du droit d'appel : Demolombe, t. VI, n° 331; Toullier, t. II, n° 1056; Taulier, t. I^{er}, p. 432; Proudhon, t. I^{er}, p. 251. — En sens contraire : Marcadé, art. 382, IV, 4^e; Duranton, t. III, n° 355, et note 29. Demante, t. II, n° 127 bis; Chardon, *Puissance paternelle*, n° 29.

2. T. VI, n° 587.

l'avis du Conseil d'État du 4 messidor de l'an XIII ¹. Nous pensons avec M. Demolombe qu'il faut exiger dans cette hypothèse un acte de notoriété établi conformément à l'art. 155 C. civ. qui a été édicté en vue d'un cas analogue.

Le décès du père rend indispensable le consentement de la mère, et le mariage ne pourrait avoir lieu sans ce consentement.

Il peut se présenter un cas quelque peu embarrassant : c'est celui où le père viendrait à mourir après avoir donné son consentement, mais avant la célébration du mariage ². Le consentement de la mère sera-t-il indispensable et l'enfant ne pourra-t-il se prévaloir de ce que l'avis du père doit, en cas de dissentiment, l'emporter sur celui de la mère ?

Delvincourt ³ décidait que l'officier de l'état civil pouvait procéder au mariage avec le seul consentement du père dès lors décédé. Nous pensons que tel n'a pas été le vœu du législateur : il a voulu que l'enfant ne pût se marier qu'avec le consentement de ses père et mère ; par conséquent c'est au moment même de la célébration que ce consentement doit être donné, et jusqu'au dernier moment le consentement qui avait été donné antérieurement peut toujours être retiré. Les père et mère ont pu, en effet, découvrir tels ou tels faits qui leur étaient inconnus et qui modifieraient leur sentiment par rapport à ce mariage. Le père étant mort, la mère, à qui seule appartient maintenant la puissance paternelle, peut désormais seule donner le consentement nécessaire pour

1. Marcadé, sur l'art. 159; Duranton, t. II, n° 88; Vazeille, t. I^{er}, n° 123; Zachariæ, t. III, p. 264.

2. La même question se pose au cas où le père, après avoir donné son consentement, viendrait à être interdit.

3. T. I^{er}, p. 55, note 4.

le mariage ; et il faut que ce consentement soit requis : on ne peut plus en effet invoquer la disposition qui veut qu'en cas de dissentiment l'avis du père l'emporte, puisque le père est prédécédé, et que son avis n'existant plus au moment de la célébration du mariage le dissentiment ne peut se produire.

Nous concluons donc que, par application de l'art. 149, le consentement de la mère est indispensable ¹ dans tous les cas où le père sera mort avant la célébration du mariage, alors même qu'il eût antérieurement donné son consentement : l'officier d'état civil instruit du décès du père ne pourra célébrer le mariage tant que le consentement de la mère ne lui sera pas présenté ; et il en sera ainsi alors même que la mère ne lui aurait pas notifié d'opposition.

Que décider si, l'officier de l'état civil n'ayant pas connu le décès du père, le mariage a été célébré ? Serait-il susceptible d'annulation ?

On répond souvent par la négative. On fait valoir que la mère, par son silence, est censée approuver le mariage, et que d'ailleurs le consentement du père est présumé subsister toujours tant qu'il n'a pas été retiré.

Ce dernier argument serait parfaitement exact si le père vivait encore, mais peut-on dire que son consentement dure toujours après son décès ? — Quant au silence de la mère, on ne saurait en induire son consentement : la loi a voulu, en effet, que le consentement des parents fût exprès, et elle ne s'est pas contentée d'un simple consentement tacite. Le mariage pourra donc être annulé à la requête de la mère ou de l'enfant : c'est ce que décident

1. Demolombe, t. III, n° 55; Vazeille, t. I^{er}, n° 121; Duranton, t. II, n° 94; Marcadé, art. 149, V.

MM. Aubry et Rau. M. Demolombe formule pourtant des réserves, et, selon lui, l'action en nullité ne serait pas admissible si, au moment du mariage, l'enfant n'avait pas eu connaissance de la mort de son père ; « si par exemple le jour où il se mariait à Paris son père venait à mourir à Lyon » ¹.

Laissons de côté ce cas exceptionnel du décès du père entre le moment où il a donné son consentement et le moment de la célébration du mariage, et revenons au cas ordinaire, en supposant que la mort a précédé l'obtention de son consentement. En ce cas, l'art. 149 énonce en termes exprès que le consentement de l'époux survivant est nécessaire.

De même, c'est à la mère que revient après la mort du père le droit de former opposition au mariage : c'est encore à elle qu'il appartient (en même temps qu'à l'enfant lui-même) de demander la nullité d'un mariage contracté en l'absence du consentement nécessaire. (Art. 173 et 182.)

C'est également à la mère qu'appartient le droit de consentir à l'adoption ou à la tutelle officieuse. Il importe de remarquer qu'elle conservera dans ce dernier cas la puissance paternelle sur l'enfant. La puissance paternelle est, en effet, d'ordre public, nous avons eu déjà l'occasion de le rappeler ; elle ne peut donc être cédée. Le tuteur officieux exercera la tutelle, et la mère la puissance paternelle ; ce sera évidemment toujours à la mère qu'appartiendra le droit de consentir au mariage de l'enfant en tutelle. Quant au droit de correction, c'est à elle aussi

1. Demolombe, t. III, n° 58.

qu'il continuera d'appartenir, sauf le cas de destitution, prévu par la loi du 24 juillet 1889. Ce droit est en effet un des attributs de la puissance paternelle.

D. — Droit de la mère veuve d'émanciper ses enfants.

« Le mineur même non marié pourra être émancipé par son père, ou à défaut de père par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. » (Art. 477 C. civ.)

La puissance paternelle est dans notre droit une institution de protection pour le mineur ; quand cette protection devient inutile l'enfant doit en être affranchi, et c'est à ceux qui exercent cette puissance qu'il appartient d'apprécier le plus ou moins d'utilité du maintien de cette protection. Ce sera donc au père qu'appartiendra pendant le mariage le droit de décider si l'enfant est dorénavant assez capable pour pouvoir être émancipé, et après la mort du père, ce droit passera à la mère.

Ce droit, qui revient ainsi à la mère après la mort du père, doit être aussi étendu que celui du père lui-même ; elle sera donc libre d'émanciper son enfant si elle juge cette mesure utile, sans que les autres ascendants puissent s'y opposer, non plus que le juge de paix chargé par la loi de recevoir la déclaration d'émancipation.

Le mineur, après l'émancipation, n'a encore on le sait, qu'une capacité moindre que celle du majeur : il lui faut, pour certains actes l'assistance d'un curateur, curateur qui, aux termes de l'art. 480, est nommé par le conseil de famille. On s'est demandé si, malgré ce texte, il n'y aurait pas une curatelle légale ou testamentaire, comme il y a une tutelle légale pour les père et mère et une tutelle testamentaire.

Écartons d'abord l'idée qu'il pourrait y avoir une cura-

telle testamentaire : il eût fallu pour l'établir un texte de loi, et ce texte fait ici absolument défaut.

Quant à l'existence d'une curatelle légale, c'est là une question vivement controversée. Cette controverse intéressant gravement le droit de la mère, nous devons l'examiner et essayer de la résoudre.

D'après une première opinion, toutes les règles de la tutelle légitime doivent être considérées comme s'étendant à la curatelle.

Un second parti dans la doctrine admet aussi la curatelle légale, mais en décidant qu'elle n'appartient qu'au père et à la mère et non aux autres ascendants ; certains auteurs la restreignent même au père seul, à l'exclusion de la mère, distinction dont le fondement, hâtons-nous de le dire, nous échappe absolument. La mère à défaut du père n'exerce-t-elle pas les mêmes droits que celui-ci, n'a-t-elle pas comme lui la puissance paternelle ? Comment expliquer dès lors, si l'on reconnaît au père un droit de curatelle légale, que ce droit puisse être dénié à la mère ?

Marcadé propose un troisième système : il distingue suivant que l'émancipation a été accordée durant le mariage par le père (ou par la mère dans les cas exceptionnels où elle exerce la puissance paternelle) ou par le survivant des époux après la dissolution du mariage. Dans le premier cas, il accorde au père ou à la mère une curatelle légitime, tandis que dans le second il n'y aurait lieu qu'à une curatelle dative. L'art. 480 n'a trait, selon lui, qu'au cas où l'émancipation de l'enfant a lieu après la mort de l'un des époux, et l'ingénieux auteur s'appuie sur ce que cet article parle en effet de conseil de famille et de comptes de tutelle ¹.

1. Marcadé, sur l'art. 480, II.

En ce qui touche l'argument mis en avant par Marcadé, il suffira de répondre, d'une part que le conseil de famille sera constitué aussitôt après l'émancipation, et d'autre part que les mots comptes de tutelle s'appliquent aux comptes du père administrateur légal.

Nous ne pouvons, quant à nous, nous rallier à aucun de ces trois systèmes, et nous pensons qu'il faut décider qu'il n'y a jamais de curatelle légale. Il eût fallu un texte pour l'établir, de même qu'il y a un texte pour établir une tutelle légitime. Or, ce texte n'existe pas, et l'on ne peut y suppléer par analogie. Bien plus, la loi l'est expressément expliquée en sens contraire, et elle exige un curateur datif. Les termes de l'art. 480 sont particulièrement significatifs à cet égard, si l'on se reporte à sa première rédaction. Cette rédaction portait en effet que « les fonctions de curateur seront dès le moment de l'émancipation remplies par celui qui était tuteur ». Cette disposition, qui établissait la curatelle légitime, a été supprimée pour faire place à la disposition actuelle, aux termes de laquelle c'est le conseil de famille qui doit nommer le curateur.

Disons donc que la mère n'aura pas de plein droit la curatelle de l'enfant qu'elle aura émancipé ¹. Mais il est certain qu'en fait le conseil de famille ne manquera pas le plus souvent de confier à la mère cette curatelle; seulement, ce sera toujours une curatelle dative et non une curatelle légitime.

La mère survivante et émancipatrice a évidemment

1. Voir Demolombe, t. VIII, n° 236-242; Aubry et Rau, § 131, notes 4, 5, 6; Duranton, t. III, n° 678; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 440; Chardon, *Puissance tutélaire*; de Fréminville, t. II, n° 1044; Demante, t. I, n° 248 bis, 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 687. — *Adde* Douai, 22 décembre 1863 (Sirey, 65, 2, 13).

comme le père le droit de retirer à l'enfant le bénéfice de l'émancipation, s'il a contracté des obligations excessives qui ont été l'objet d'une réduction par le Tribunal.

Ce droit appartiendrait à la mère, même dans le cas où ce ne serait pas elle-même qui aurait conféré à l'enfant l'émancipation, mais bien le père avant la dissolution du mariage. C'est à elle en effet qu'appartient, depuis son veuvage, l'exercice de la puissance paternelle, y compris le droit d'émancipation; c'est à elle aussi que doit revenir le droit de retirer l'émancipation, quand il résulte de la décision des tribunaux que l'enfant s'est montré indigne de cette faveur. On s'est demandé si la mère, — et la même question se pose pour le père et pour le conseil de famille, — pourrait provoquer la réduction des engagements excessifs pris par le mineur, ou si ce droit appartenait exclusivement au curateur et à l'émancipé lui-même?

L'examen de cette question, qui n'est pas spéciale à la mère, sortirait des bornes de notre sujet ¹; nous nous contentons de la signaler.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'émancipation expresse : quant à l'émancipation tacite qui résulte du mariage, c'est toujours par la mère qu'elle se trouvera conférée à l'enfant, parce que c'est à la mère qu'appartient le droit de consentir au mariage dont elle est une conséquence.

E. — *Droit de jouissance légale de la mère veuve*

Le droit de jouissance légale est, nous l'avons vu, la compensation que la loi accorde aux parents chargés de l'éducation de l'enfant. Il appartient donc au père pen-

1. Voir sur cette question : Demolombe, t. VIII, n° 348; Aubry et Rau, § 132, note 10; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 443.

dant la durée du mariage et doit appartenir à la mère après sa dissolution, puisque c'est à elle qu'incombe, à partir de cette époque, l'obligation d'élever ses enfants. C'est ce que décide, en effet, l'art. 384. Les règles auxquelles le Code a soumis cet usufruit sont les mêmes, qu'il appartienne ou au père ou à la mère. C'est ainsi que la mère usufruitière n'est pas tenue de donner caution (art. 601 C. civ.). C'est ainsi encore que les causes de déchéance sont les mêmes : défaut d'inventaire lors de la dissolution de la communauté ¹ (art. 1442) ; application de l'art. 335 C. pénal ; prononciation du divorce contre la mère (art. 86).

De même encore, la mère exclue d'une succession comme indigne n'aura pas, non plus que le père, l'usufruit légal sur les biens provenant de cette succession (art. 730).

Relativement à l'application à la mère de cette dernière déchéance il s'est élevé une difficulté qu'il nous faut examiner.

On a prévu d'abord l'hypothèse suivante : du vivant du père, une succession s'est ouverte, succession à laquelle le père seul était appelé, mais dont il a été exclu comme indigne ; la mère a été condamnée comme complice. Pourrait-elle, après la dissolution du mariage, réclamer son droit d'usufruit sur les biens provenant de cette succession ? Le texte de l'art. 730 ne prononce la déchéance que contre ceux qui ont été par jugement déclarés indignes de succéder ; or, il n'a pu en être ainsi de la mère, puisqu'elle n'était pas appelée à la succession.

Ce serait, selon nous, aller sinon contre la lettre, du moins

1. Les déchéances étant de droit étroit et ne pouvant être étendues d'un cas à l'autre, celle-ci ne s'appliquerait pas au défaut d'inventaire à l'occasion d'une succession échue à l'enfant.

contre l'esprit de l'art. 730, que d'accorder dans ce cas l'usufruit légal à la mère. Qu'a voulu la loi ? Elle a voulu que ceux qui, dans le but de s'approprier une succession, ont commis un des actes coupables prévus par l'art. 727 ne pussent profiter en quoi que ce soit d'aucun des biens qui y sont compris. — Et c'est contre cette volonté formelle du législateur qu'irait manifestement la solution que nous combattons.

Que si le père seul était coupable, nul doute qu'après sa mort la mère n'ait droit à l'usufruit dont il a été exclu comme indigne ¹.

Parmi les causes de déchéance de l'usufruit légal, il en est une qui ne s'applique qu'à la mère : son droit cesse dans le cas où elle convole à de secondes noces. Nous aurons à nous expliquer sur ce point, quand nous traiterons de la mère remariée.

Faut-il ajouter encore aux causes de déchéance qui peuvent priver la mère de son droit d'usufruit légal, le cas d'inconduite notoire ? C'était, sous l'empire du Code civil, un point vivement controversé.

Dans le sens de l'affirmative, on faisait valoir que la loi qui enlève la jouissance légale à la mère remariée ne pouvait avoir voulu la laisser à une mère menant une vie irrégulière. C'était d'ailleurs la solution admise dans l'ancien droit ², ainsi que dans le droit romain ³. Un certain nombre de Cours s'étaient prononcées en ce

1. Voir pourtant *contra* : Allemand, *Traité du mariage*, t. II, n° 1124.

2. Pothier, *Coutume d'Orléans*, introduction au titre des fiefs, n° 346. La solution de Pothier était d'autant plus remarquable que la coutume d'Orléans n'admettait pas que le second mariage de la gardienne lui enlevât la garde noble.

3. Loi 7, Code, *De revocat. donat.*, et Nov. 30, cap. 11, § 1, *non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria*.

sens, entre autre la Cour de Limoges dans son arrêt du 20 juillet 1824 ¹. Mais il faut remarquer que ces décisions pouvaient se fonder par des circonstances de fait spéciales ; c'est ainsi que, dans l'espèce jugée à Limoges, il s'agissait d'une mère destituée de la tutelle pour inconduite notoire, et à laquelle on avait enlevé la garde et l'éducation de l'enfant : la privation du droit d'usufruit légal était une conséquence de cette double déchéance, puisque ce droit ne se justifiait plus comme compensation de la charge d'éducation.

La Cour d'Aix² avait jugé au contraire, le 30 juillet 1813, que l'inconduite notoire de la mère ne pouvait être une cause de déchéance. « Le législateur, porte cet arrêt, « ne pouvant ignorer que l'ancienne jurisprudence destitua la veuve impudique du droit de garde, n'a cependant pas compris cette inconduite dans la privation de « jouissance ; le parallèle entre le mariage et l'impudicité de la veuve, et la conséquence *a fortiori* que « l'on pourrait soutenir en morale, ne sont cependant « plus exacts, d'après les motifs de l'art. 386, puisque « la mère qui se remarie ne perd cette puissance que « parce que, cessant d'être chef et passant sous l'autorité du second époux, elle ne doit pas transporter dans « une autre famille les revenus de ses enfants, tandis que « la veuve coupable d'incontinence ne cesse pas d'être « veuve et chef. »

1. Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 140. — *Adde* : Limoges, 16 juillet 1807, et 2 avril 1810 (Sirey, 1813, 2, 290) ; Lyon, 22 décembre 1829 (Dalloz, v° *Dispositions entre-vifs*, n° 157).

2. Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 144. — Voir dans le même sens : Duranton, t. III, n° 388 ; Marcadé, sur l'art. 387, VI ; Taulier, t. I, p. 497 ; Demolombe, t. VI, n° 565 ; Laurent, t. IV, n° 344. — *Contra* : Delvincourt, t. I, p. 248 ; Proudhon, de l'*Usufruit*, t. I, n° 146.

A ce motif de l'arrêt d'Aix, on pouvait ajouter la raison décisive que nous avons déjà souvent invoquée : *pœnalia non sunt extendenda*. Il eût été d'ailleurs regrettable que les enfants fussent autorisés à intenter à leur mère, pour lui enlever l'usufruit légal, un procès aboutissant à constater son inconduite.

Quoi qu'il en soit, le législateur de 1889 a tranché cette question en donnant aux tribunaux le droit de prononcer contre la mère, aussi bien que contre le père, pour cause d'inconduite notoire ou d'ivrognerie, la déchéance de la puissance paternelle et de tous les droits qui en découlent, notamment celui d'usufruit légal auquel se rapportent les art. 384-387, qui sont expressément visés dans l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889.

§ III

RESPONSABILITÉ PÉNALE DE LA MÈRE ★ RAISON DES FAITS DOMMAGEABLES COMMIS PAR SES ENFANTS

Aux termes de l'art. 1384, « le père, et la mère après le décès du mari, sont reponsables du dommage causé par les enfants mineurs habitant avec eux ». Des dispositions analogues figurent au Code forestier (art. 206) et dans la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale (art. 74).

Cette responsabilité est facile à justifier. Ceux qui ont l'autorité sur les enfants ont pour devoir de les empêcher de commettre des faits dommageables pour les tiers. S'ils manquent à ce devoir, ils se rendent coupables de négligence et encourent donc la responsabilité que la loi a fait peser sur eux.

Cette responsabilité constitue une garantie pour les tiers. « C'est, disait en effet Treilhard, une garantie, et souvent

la seule garantie de la réparation des dommages, » et il ajoutait : « ainsi réglée, la responsabilité est de toute justice. Ceux à qui elle est imposée ont à s'imputer, pour le moins, les uns de la faiblesse, les autres de mauvais choix, tous de la négligence : heureux encore si leur conscience ne leur reproche pas d'avoir donné de mauvais exemples ¹ ! »

La responsabilité dont nous nous occupons pèse donc sur celui qui pouvait empêcher le dommage, c'est-à-dire qui possédait l'autorité nécessaire sur les enfants.

Ce sera le père pendant la durée du mariage, et la mère après la mort du père. Ce sera de même la mère dans le cas où elle exerce pendant le mariage la puissance paternelle, par exemple au cas d'absence ou d'interdiction du père, ou encore au cas où, après la séparation de corps prononcée ou pendant l'instance en divorce, les enfants ont été confiés à la mère : ayant seule le droit de garde sur ses enfants à l'exclusion du père, elle doit nécessairement aussi seule répondre des délits commis par eux.

On a soutenu ² que la mère serait même responsable des délits de ses enfants pendant l'absence du père, en prenant le mot d'absence dans son sens ordinaire, c'est-à-dire non-présence. Si, par exemple, le père était en voyage au moment du délit commis par l'enfant, la responsabilité de ce délit incomberait à la mère.

Nous ne saurions accepter cette thèse. Elle nous paraît tout d'abord en contradiction avec les termes de la loi, qui déclare le père seul responsable pendant sa vie,

1. *Exposé des motifs*, Loqué, t. VI, p. 276.

2. Toullier, t. XI, n^{os} 279 et 281 ; Larombière, *des Obligations*, t. V, art. 1384, n^o 3 ; Marcadé, sur l'art. 1384, II. — *Adde* : Nîmes, 20 mai 1858 (Sirey, 58, 2, 430).

et ne fait peser la responsabilité sur la mère qu'après le décès de son mari. Cette règle de la loi est d'ailleurs absolument conforme à la logique, puisque le père conserve pendant sa vie l'exercice de la puissance paternelle; le fait qu'il n'est pas présent sur les lieux ne lui enlève en rien son autorité. Admettre en ce cas un recours des tiers contre la mère, ce serait la rendre responsable des fautes de ses enfants sans lui donner en même temps les moyens de réprimer ces fautes, puisque ce n'est pas à elle, mais toujours au père, qu'appartient le droit de correction.

Il est donc, selon nous, conforme à l'esprit aussi bien qu'à la lettre de la loi, de décider que la mère ne sera responsable des délits de ses enfants qu'après son veuvage ou dans les cas exceptionnels où elle exerce la puissance paternelle durant le mariage¹. Dans le cas que nous avons prévu, celui d'un voyage du père, la responsabilité de la mère ne pourrait être que morale, et la loi ne tient pas compte d'une responsabilité de ce genre : c'est le père qui légalement continue à être tenu envers les tiers.

Faisons remarquer cependant que si le père avait donné à la mère le mandat de surveiller les enfants pendant son absence, il pourrait, en vertu de l'art. 1992, exercer un recours contre elle, mais ce n'en serait pas moins lui seul qui resterait obligé envers les tiers.

1. Aubry et Rau, § 447, note 1; Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, t. I, p. 451; Laurent, t. XX, n° 534. — *Junge* : Req., 16 août 1841 (Sirey, 41, 1, 751).

SECTION II

DROITS ET DEVOIRS DE LA MÈRE TUTRICE LÉGALE

L'art. 390 C. civ. est ainsi conçu : « Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. »

La mère, comme le père, est donc appelée à la tutelle légitime de ses enfants mineurs (art. 390 et 422-1°) sans qu'il y ait lieu de distinguer, non plus que pour lui, le cas où elle est mineure elle-même.

Il y a pourtant à signaler des différences notables entre la tutelle exercée par la mère et la tutelle exercée par le père. Nous allons les passer successivement en revue.

A. — *Faculté de refuser la tutelle.* — Le père est obligé d'accepter la tutelle que lui défère la loi, et il ne pourrait la refuser que dans le cas d'une excuse qu'un tuteur datif pourrait lui-même invoquer.

La mère au contraire (art. 394) n'est pas tenue d'accepter la tutelle, et elle peut la refuser sans être obligée d'invoquer aucune excuse.

Le législateur a considéré que la tutelle pourrait être une trop lourde charge pour une femme faible et inexpérimentée, et il l'a appelée à juger elle-même si elle se sentait capable ou non de la remplir.

Si la mère ne se sent pas toute l'énergie nécessaire à l'accomplissement de cette tâche, elle doit pouvoir la refuser sans avoir à donner les raisons qui motivent son refus.

Les rédacteurs du Code avaient hésité, lors de l'élaboration du Titre de la tutelle, à admettre pour la mère la tutelle légitime ¹. Ils s'y sont pourtant décidés parce qu'ils ont eu confiance dans l'affection de la mère, qui ne voudra certainement pas compromettre les intérêts de ses enfants pour une vaine satisfaction d'amour-propre; etc'est pourquoi ils n'ont admis pour elle la tutelle légitime qu'avec le tempérament de l'art. 394. Nous allons voir qu'une autre garantie a été prise contre l'inexpérience de la mère : c'est le droit réservé au mari de désigner à sa femme, par son testament, un conseil spécial.

La mère n'a-t-elle que la faculté de refuser la tutelle avant de s'y être immiscée, ou pourrait-elle s'en démettre après l'avoir d'abord acceptée et gérée plus ou moins longtemps?

Nul doute qu'elle ne le puisse au cas où elle aurait à invoquer une des excuses qui produisent leur effet même après la *susceptio tutelæ*. Mais ce droit d'abandonner la tutelle devrait-il lui être reconnu même en l'absence de tout motif juridique et devrait-on étendre jusqu'à l'autorisation de se démettre la faculté que lui accorde l'art. 394?

On fait valoir dans le sens de l'affirmative que les motifs qui ont décidé le législateur à admettre la disposition de cet article existaient dans un cas comme dans l'autre; on invoque même ici un argument *a fortiori*. La mère a pu, dit-on, ne se faire qu'une idée inexacte de la charge qu'elle assumait; elle a pu trop présumer de ses forces en acceptant la tutelle, et ne s'apercevoir qu'ensuite de son défaut d'expérience. Pourquoi continuer en ce cas à faire peser sur elle le poids d'une charge qu'elle se sent

1. Locré, *Législation civile*, t. VII, p. 449.

incapable de soutenir ? L'intérêt des enfants eux-mêmes n'exige-t-il pas ici qu'elle puisse se démettre de la tutelle ?

On ajoute que, même au cas où la mère refuse la tutelle avant de l'avoir assumée, il y a toujours de sa part une véritable démission, puisqu'elle a été investie de plein droit de la tutelle du jour de son ouverture, c'est-à-dire du jour du décès du père, et que pour la tutelle légitime l'acceptation n'est pas nécessaire.

En ce qui touche cette dernière considération, elle ne nous paraît pas exacte. L'héritier n'est-il pas héritier dès le jour où s'ouvre la succession, et ne peut-il pas cependant refuser ensuite la succession, auquel cas il est censé n'avoir jamais été héritier ? De même, la mère est investie de plein droit de la tutelle, en ce sens que le conseil de famille ne pourrait lui enlever cette qualité, mais il ne s'ensuit nullement qu'elle soit par là même obligée d'accepter cette tutelle ; et la preuve, c'est que l'art. 394 lui permet de la refuser.

Mais, dit-on, le Code lui-même considère la mère comme investie de la tutelle, tout au moins à titre provisoire, puisqu'il lui enjoint d'en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur pour la remplacer.

Cette obligation existe en effet ; mais si le législateur l'a imposée à la mère, ce n'est pas parce qu'il l'a considérée à ce moment comme tutrice, c'est uniquement dans l'intérêt des mineurs et parce qu'il importe de prendre les mesures qui seraient urgentes ; il pourrait en effet être trop tard pour agir si l'on devait attendre la nomination du tuteur. Mais de ce que la mère est tenue provisoirement de veiller aux intérêts des enfants, s'ensuit-il qu'elle ait par cela même acquis la qualité de tutrice ? L'héri-

tier appelé à la succession peut, lui aussi, faire des actes conservatoires sans qu'il en résulte qu'il ait pris la qualité d'héritier, mais aussi sans qu'il ait en rien perdu son droit de renonciation : au contraire, dès qu'il a accepté, toute renonciation postérieure lui devient impossible. De même, la mère, si elle s'est bornée à faire des actes conservatoires n'impliquant pas acceptation de la tutelle, peut toujours la refuser, comme le lui permet l'art. 394 ; mais du moment qu'elle a accepté, elle ne peut se démettre, la loi ne lui ayant pas conféré cette faculté.

On insiste, et on prévoit le cas où la mère ne se bornerait pas à prendre des mesures d'urgence, mais accomplirait aussi d'autres actes : quelle différence, dit-on, peut-il exister entre ce cas et celui où elle aurait accepté dès l'abord la tutelle ?

Il faut en effet, nous le reconnaissons, assimiler les deux cas ; mais au lieu d'en conclure qu'il faut permettre à la mère de refuser la tutelle qu'elle a ainsi acceptée expressément ou tacitement, nous lui refusons ce droit dans un cas comme dans l'autre, puisqu'en somme il y a toujours eu de sa part une acceptation qui doit lui enlever le droit de refuser ensuite la tutelle.

Mais, dit-on encore, pourquoi appliquer au refus de la mère la même règle qu'aux excuses, règle qui veut que, si malgré l'existence d'une excuse légitime on a accepté la tutelle sans faire valoir cette excuse, on ne puisse plus ensuite l'invoquer ? N'y a-t-il pas une différence essentielle entre ce cas et celui du refus de la mère ? L'excuse est-elle, en effet, autre chose qu'une faveur pour le tuteur ? Le refus de la mère n'implique-t-il pas au contraire de sa part la reconnaissance d'une véri-

table incapacité? C'est dans l'intérêt du mineur et non dans celui de la tutrice que ce refus a été autorisé.

Nous sommes loin de contester la différence qu'on signale : aussi nous sommes-nous gardé de tirer aucun argument d'analogie des dispositions légales relatives aux excuses. Nous ne nous appuyons que sur les termes mêmes de la loi, qui porte que la mère n'est pas tenue d'accepter, c'est-à-dire qu'elle peut refuser la tutelle. Peut-on dire qu'elle n'accepte pas, quand, après avoir géré pendant un certain temps plus ou moins long, elle veut ensuite se démettre ? Supposons qu'elle ait géré la tutelle pendant dix ans, par exemple ; lui accorderait-on le même droit, et pourrait-elle ensuite se démettre, sans motifs, de sa fonction ? Ce serait revenir à dire que l'art. 394 a été rédigé dans l'intérêt de la mère et non dans l'intérêt des enfants. Le législateur a considéré la tutelle comme une charge publique qu'il a imposée aux citoyens : est-il possible d'admettre qu'il ait voulu autoriser la mère à s'en exempter à son gré ?

Ce n'est pas tout : alors même qu'on essaierait d'assimiler aux excuses le refus de la mère, cette assimilation ne conduirait même pas à admettre la faculté pour la mère de se démettre au cours de la tutelle. Il y a en effet des excuses qui peuvent être invoquées même au cours de la gestion de la tutelle : mais elles sont énumérées par la loi et le cas de la mère qui reconnaît son incapacité ne figure pas dans cette énumération.

Il est vrai que dans l'ancien droit Pothier¹ décidait que les excuses que l'on pouvait invoquer *a suscepta tutela*

1. *Traité des personnes*, n° 158.

étaient celles qui empêcheraient absolument le tuteur de vaquer à la tutelle ; mais le législateur moderne n'a pas admis une formule aussi générale, puisqu'il a, au contraire, énuméré les cas dans lesquels une excuse de ce genre pourrait être admise. L'ancien droit ne peut donc fournir aucun appui à la thèse que nous combattons.

Le seul argument sérieux que l'on puisse nous opposer est celui que nous avons énoncé, et qui se fonde sur l'intérêt des mineurs, intérêt qui veut, dit-on, que la mère, une fois qu'elle a pu se rendre compte de son incapacité, soit en droit de se démettre d'une charge qu'elle n'a acceptée que par suite d'illusions sur ses propres aptitudes.

Quelque sérieux que puisse paraître cet argument, c'est au législateur seul qu'il appartient de l'apprécier. L'art. 394 constitue une mesure exceptionnelle qu'on ne peut étendre d'un cas à un autre, et qui n'a été admise qu'au début de la tutelle, puisque l'article vise expressément l'acceptation de la tutelle, et non le cas où la tutelle aurait déjà été acceptée. De plus, il faut remarquer que si le législateur adoptait une pareille disposition, il devrait fixer une limite au droit qu'il accorderait ainsi à la mère de renoncer à la tutelle après l'avoir acceptée : sinon l'on se trouverait dans l'alternative, ou d'accorder ce droit à la mère après dix ou quinze ans de tutelle, ou de permettre aux tribunaux de déterminer eux-mêmes une limite qui serait ainsi purement arbitraire ¹.

Certains auteurs, tout en admettant en principe le sys-

1. Voir dans notre sens : Demolombe, t. VII, nos 110-112 ; Duranton, t. III, n° 283 ; Loqué, sur l'art. 394 ; Blaesche, § 7 ; Taulier, t. II, p. 43 ; Aubry et Rau, § 99 bis, note 1. — *Contra* : Magnin, p. 1, n° 434, *Traité des Minorités* ; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1180 ; Zachariæ, § 96, note 16. — *Adde* : Limoges, 17 mai 1808 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 73) ; Paris, 24 juillet 1835 (S., 33, 2, 405) ; Bourges, 15 avril 1855 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 73).

tème que nous défendons, pensent cependant que la mère pourrait invoquer une excuse dont serait juge le conseil de famille ¹.

Cette opinion n'est d'ailleurs que l'application d'une thèse plus générale, suivant laquelle le tuteur pourrait faire agréer par le conseil de famille d'autres excuses que celles énumérées par la loi.

Nous considérons ce système comme contraire au texte de la loi : l'énumération qu'elle a pris soin de donner n'aurait pas de raison d'être si elle n'était strictement limitative. On répond, il est vrai, que la différence entre les excuses qu'énumère la loi et les autres consiste précisément en ce que les premières ne pourraient être repoussées par le conseil de famille, tandis que pour les autres il serait libre de les admettre ou de les repousser : mais c'est là une distinction qui ne repose sur aucun fondement légal ; il faudrait, pour la justifier, un texte, et ce texte n'existe pas.

Nous venons d'établir que la mère ne pourrait se démettre de la tutelle par elle acceptée ; il importe donc d'établir ce qu'il faut entendre par « acceptation ».

Cette définition aurait d'ailleurs son importance alors même qu'on se rallierait au système qui permet à la mère de faire agréer par le conseil de famille, au cours de la tutelle, des excuses non prévues par le Code : l'acceptation de la tutelle enlèverait du moins à la mère le droit de se démettre de la tutelle sans donner de motifs.

1. Valette, sur Proudhon, t. II, p. 289, n° 5 ; Massé et Vergé, t. I, p. 410, note 23 ; Marcadé, sur l'art. 394, I ; Demante, t. II, n° 143 *bis*, I.

L'acceptation de la mère peut être expresse, et en ce cas il ne s'élève aucun doute sur ses intentions ; mais elle peut aussi n'être que tacite et résulter d'un acte prouvant nécessairement son intention de prendre la qualité de tutrice (anal. des art. 778 et 779). Il y a là surtout une question de fait qui dépend des circonstances. En général, la mère, si elle ne compte pas gérer elle-même la tutelle, devra faire nommer au plus tôt un tuteur, et jusqu'à cette nomination n'accomplir que les actes les plus urgents.

On s'est demandé si elle pouvait dans cet intervalle recevoir un capital et en donner décharge ; les termes de l'article qui lui enjoint de remplir les devoirs de la tutelle jusqu'à la nomination du tuteur sont assez compréhensifs pour l'y autoriser ; seulement elle devrait apporter dans l'exercice de cette faculté la plus grande circonspection si elle a l'intention de refuser la tutelle.

Mais s'il s'agissait par exemple d'un débiteur qui risquerait de devenir insolvable d'un moment à l'autre, la mère en touchant la créance ne ferait qu'accomplir son devoir qui lui commande de prendre les mesures nécessaires dans les cas urgents.

Il faut remarquer que dans notre système, qui veut que tant que la mère n'a pas accepté la tutelle elle ne soit pas tutrice, elle n'a pas à faire nommer un subrogé-tuteur et que ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

Après avoir refusé la tutelle, la mère aurait-elle le droit de revenir sur sa décision ? Il faut répondre que non seulement une telle réclamation ne serait pas admissible si le conseil de famille avait déjà nommé le tuteur destiné à remplacer la mère non acceptante, mais encore qu'il en serait de même au cas où la mère reviendrait sur

sa première décision avant la nomination du tuteur.

La tutelle légitime est, en effet, éteinte par le refus de la mère, et celle-ci serait absolument sans droit pour réclamer ensuite une tutelle qui ne lui appartient plus. Par suite de son refus, la mère est censée s'être reconnue incapable de gérer la tutelle, et le droit de nommer le tuteur a passé par suite au conseil de famille, qui pourra d'ailleurs, s'il le juge convenable, appeler à la tutelle la mère qui aurait ainsi retiré son refus ; de même qu'il pourrait lui confier la tutelle au cas où le tuteur nommé viendrait à mourir, à être destitué, ou à se prévaloir d'une excuse.

Le droit que l'art. 394 confère à la mère de ne pas accepter la tutelle ne s'applique qu'à la tutelle légitime ; si donc elle avait perdu la tutelle pour s'être remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, et si, comme il en a le droit, le conseil la rappelait néanmoins à la tutelle, elle n'aurait plus le droit de la refuser, en dehors des cas d'excuses légales qu'elle aurait à faire valoir. Et en effet, par cela même qu'elle a une première fois accepté la tutelle, elle s'est déclarée capable de satisfaire à cette tâche. Lui permettre de revenir ensuite sur sa décision, ce serait transformer en faveur la déchéance que la loi a prononcée contre la mère qui ne convoque pas le conseil de famille avant son nouveau mariage, puisque ce serait la replacer une seconde fois dans la position exceptionnellement favorable que lui a faite l'art. 394 en l'autorisant à accepter ou à refuser à son gré la tutelle.

B. — *Conseil que le mari peut nommer à sa femme appelée à la tutelle.* — Le père qui ne juge pas sa femme suffisam-

ment capable de gérer la tutelle de ses enfants peut lui désigner un conseil pour lui servir de guide dans sa gestion.

Cette condition que le père peut imposer à la tutelle de la mère constitue la seconde différence entre la tutelle de la mère et celle du père.

Nous avons eu déjà l'occasion de rappeler que ce n'est pas sans difficulté que la tutelle légitime de la mère fut admise lors de la confection du Code. Elle avait contre elle l'autorité du président Fabvre pour qui la tutelle de la mère n'était rien moins qu'une « grande sottise ». Elle eut par contre de vaillants défenseurs, entr'autres Tronchet qui maintenait qu'après la mort du père la mère était incontestablement « la personne la plus affectionnée qui pût prendre soin des mineurs ».

L'opinion de Tronchet a prévalu ; mais en déclarant la mère tutrice légale, le législateur a tenu à pourvoir aussi à l'intérêt des mineurs au cas où elle n'aurait pas toute la capacité nécessaire. C'est pourquoi il a permis au père, qui connaît mieux que personne la capacité réelle de sa femme, de lui nommer un conseil s'il estime que la charge de la tutelle serait trop lourde pour elle seule.

Le père est à cet égard juge souverain, et s'il croit nécessaire la nomination d'un conseil, il lui suffit de le désigner sans avoir à donner aucun motif.

Aucune voie de recours n'est ouverte à la mère contre la décision du mari. Elle n'est pas admise à alléguer qu'elle se sent capable de gérer seule, et ni le conseil de famille ni le tribunal lui-même ne pourront la relever de la restriction que le père a imposée à son droit de tutelle.

Si le mari n'a pris à cet égard aucune disposition, la mère est, nous l'avons vu, seule juge et appréciatrice de

sa propre capacité; mais si le père a parlé, le droit de la mère n'est plus le même : elle pourra encore renoncer à la tutelle; mais si elle l'accepte, elle devra se conformer à la volonté de son mari, et, dans la gestion de la tutelle, n'agir que sur l'avis du conseil qu'il lui aura désigné.

La loi est formelle à cet égard : « Pourra néanmoins le « père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil « spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte « relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour « lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à « faire les autres sans son assistance » (art. 391).

Comment est nommé le conseil de tutelle donné par le père à la mère? — « Cette nomination de conseil, ajoute le Code dans l'art. 392, ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes : 1° par acte de dernière volonté; 2° par une déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire. »

Par « acte de dernière volonté », il faut entendre un acte fait dans la forme des testaments, mais sans qu'il soit nécessaire que cet acte contienne une disposition de biens : il ne s'agit que d'une question de forme.

Si le testament est nul, la nomination du conseil sera-t-elle également nulle?

Il faut à cet égard distinguer entre les nullités de forme et les nullités de fond. Les premières seules annuleraient la nomination qui se trouverait inscrite dans l'acte ainsi vicié : la loi a voulu en effet que l'acte qui contient cette nomination fût un acte solennel, et il n'est plus tel, par cela seul qu'il est entaché d'une nullité de forme. S'il s'agit au contraire seulement d'une nullité de fond, l'acte n'en sera pas moins un acte solennel en la forme, et il continuera

par conséquent de produire tous ses effets par rapport à la nomination du conseil, parce que la loi, a voulu seulement que l'acte fût rédigé « dans la forme des actes de dernière volonté », sans exiger que cet acte de dernière volonté soit un testament ¹.

Il résulte des termes mêmes de la loi qu'une simple déclaration sous seing privé ne produirait aucun effet, à moins cependant qu'elle ne fût entièrement écrite, signée et datée de la main du père, auquel cas la nomination serait valable, non pas comme étant contenue dans une déclaration, mais bien comme contenue dans un acte de dernière volonté, à savoir, dans un testament olographe : ce sera le 1^o et non le 2^o de l'art. 392 qui s'appliquera.

Si c'est devant le juge de paix qu'est faite la déclaration, quel sera le juge de paix compétent? Sera-ce tout juge de paix ou seulement celui du domicile du père ?

Le Code paraît, au premier abord, avoir voulu indiquer un juge de paix déterminé, puisqu'il porte que la déclaration sera faite devant *le* juge de paix, et non devant *un* juge de paix. Cette observation emprunte une force particulière à ce fait que le tribunal avait proposé de rédiger l'article en disant : *un* juge de paix, et qu'on a maintenu le mot *le* de préférence au mot *un*. On ajoute qu'il est d'ailleurs infiniment préférable que la déclaration soit faite devant le juge de paix du lieu où doit s'ouvrir la tutelle, c'est-à-dire du domicile du père : la nomination pourra être ainsi connue sans délai, et le conseil pourra sans retard entrer en fonctions.

1. Voir Roland de Villargues, *Tutelle*, n^o 5.

La solution de la question est en effet dans les travaux préparatoires, mais il faut les examiner de plus près.

La rédaction primitive portait que la déclaration devait être faite devant le juge de paix du domicile du père (par analogie avec la disposition relative à la nomination d'un tuteur testamentaire).

Le Tribunal demanda que la nomination pût se faire devant tout juge de paix, et que l'article fût ainsi rédigé : « 2° par une déclaration faite devant un juge de paix assisté de son greffier 1. »

L'art. 392 ne fut pas modifié, comme le demandait le Tribunal, mais les mots « *du domicile du père* », qui suivaient les mots « juge de paix », furent retranchés par le Conseil d'État. Cette suppression suffit à démontrer la pensée du législateur et à prouver qu'il n'a pas entendu exiger que le juge de paix compétent pour recevoir la déclaration fût celui du domicile du père. Les mots *le juge de paix* s'appliquent aussi bien au juge de paix du lieu où se trouve le père au moment de sa déclaration qu'au juge de paix de son domicile.

Tout ce que la loi a voulu, c'est que la déclaration fût authentique, et elle ne le serait toujours, qu'elle soit reçue par un juge de paix ou par l'autre.

Ajoutons qu'en ce qui touche le notaire compétent, dans le cas où c'est à un notaire que le père a recouru, il n'y a pas de difficulté, et il est certain que les notaires du lieu où se trouve le père au moment de la déclaration auront qualité pour la recevoir : pourquoi ferait-on une différence au

1. Locré, *Législation civile*, t. VII, p. 216, n° 4.

point de vue de la compétence entre les notaires et les juges de paix¹.

La déclaration faite devant notaire par le père devait être reçue, par application de la loi du 25 ventôse an XI, art. 9, soit par deux notaires, soit par un seul assisté de deux témoins². Mais la nomination du conseil de tutelle n'étant pas comprise dans l'énumération de l'art. 1^{er} de la loi du 21 juin 1843, la présence du second notaire ou de deux témoins n'est plus nécessaire.

Le père, après avoir désigné un conseil chargé d'assister sa femme dans la tutelle, peut changer d'avis. Il peut reconnaître que c'est à tort qu'il s'est défié de la capacité de sa femme : il pourra en ce cas revenir sur la mesure qu'il a prise et révoquer le conseil par lui désigné. La nomination de ce conseil, ne dépendant en effet que de la seule volonté du père, ne doit subsister qu'autant que cette volonté n'est pas modifiée.

La loi n'a pas édicté de formalités spéciales pour cette révocation : il faut en conclure qu'elle pourra avoir lieu d'une manière quelconque. Ce sera pour les tribunaux une question de fait à examiner ; ils auront à voir si la volonté du père a bien été de révoquer le conseil par lui nommé.

Mais il serait incontestablement plus prudent, pour empêcher toute discussion, de recourir, pour la révocation du conseil, à l'une des formes établies par la loi pour sa nomination. Nous pensons seulement qu'il n'y a rien là d'obligatoire pour le père. Il va sans dire d'ailleurs que ce

1. De Fréminville, t. I, n° 37; Blœchel, § 17; Toullier, t. II, n° 1097; Demolombe, t. VIII, n° 83; Aubry et Rau, § 99 bis, note 5. — *Contrà* : Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 100, note 12, t. I, p. 485.

2. Observations du Tribunat. Loqué, *Législation civile*, t. VII, p. 216, note 4.

sera à la mère qui prétendrait que le conseil désigné par le père a été depuis révoqué par lui, à faire la preuve de cette allégation.

Le Code a conféré au père le droit de nommer un conseil à la mère, de lui donner un guide dans la gestion de la tutelle. Le père pourrait-il en nommer plusieurs, en spécifiant par exemple les actes pour lesquels chacun devrait intervenir ? Nous ne le pensons pas. — La nomination d'un conseil est déjà une atteinte à l'intégrité du droit de la mère tutrice : la loi a cru devoir permettre au père de lui enlever le droit d'agir seule, mais on ne peut attribuer à cet égard au mari plus de droits que ne lui en confère la loi ; ce n'est pas de lui en effet que la mère veuve doit tenir la tutelle, c'est de la loi. — Or, tout ce que la loi a permis au père c'est de nommer *un* conseil¹ à la mère, — et l'art. 391 ajoute : *sans l'avis DUQUEL elle ne pourra faire aucun acte...* » C'est donc bien une seule personne que le père a le droit de désigner.

La pluralité des conseils pourrait d'ailleurs être l'occasion de graves difficultés ; il faudrait en effet qu'ils se constituassent en assemblée, qu'ils émissent des votes : quelle serait en ce cas la majorité exigée ? Faudrait-il décider que le père devrait régler lui-même ces divers points et indiquer toutes les mesures à prendre pour consulter l'assemblée ainsi établie ? On ne saurait aller jusqu'à attribuer un tel droit au père. Le Code ne le lui a pas accordé, et on ne peut que l'en approuver, car c'eût été le mettre à même d'anéantir en réalité les pouvoirs de la mère.

1. Ce mot est pris à l'art. 391 dans le même sens qu'aux art. 499 et 513, il s'agit d'une seule personne et non d'une réunion de personnes, comme pour le conseil de famille.

Il est déjà souvent bien difficile pour elle de demander et d'obtenir le consentement d'un seul conseil ; que serait-ce s'il s'agissait de toute une assemblée, sans parler des retards fâcheux et des pertes de temps qu'occasionnerait la réunion des divers conseils ?

Si la loi avait entendu permettre ces multiples désignations, elle aurait organisé comme pour le conseil de famille, — sinon la composition de cette sorte d'assemblée, puisque les membres seraient nommés par le père, — du moins leur mode de convocation ; elle leur aurait tracé des règles de fonctionnement. Dans le silence du Code, toute mesure qu'on pourrait essayer de proposer serait empreinte au plus haut point d'un caractère arbitraire, qui suffirait à la faire écarter ¹.

Le père ne peut donc nommer à la mère tutrice qu'un seul conseil : si cependant il en nommait plusieurs, il faut décider que cette nomination serait nulle à l'égard de tous, et que la mère pourrait gérer seule la tutelle. En vain objecterait-on que le père, par ces nominations, a prouvé son manque de confiance dans l'expérience de la femme, et qu'en tenant compte de ce sentiment si clairement manifesté, on ne peut laisser à la mère un droit absolu que le père a voulu lui enlever. Il faut répondre que le père ne pouvait faire plus que ne le lui permettait la loi. S'il se fût restreint dans les limites qu'elle lui imposait, sa volonté eût été valable et respectée ; mais s'il a dépassé les limites tracées par le législateur, la disposition qu'il a prise doit

1. Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v^e *Conseil de tutelle*, n^o 15 ; de Fréminville, t. I, n^o 40. Dans l'ancien droit, certains auteurs admettaient les conseils de tutelle composés de plusieurs personnes ; mais l'article 391 a évidemment innové à cet égard. (Voir sur ces anciens conseils, Meslé, 1^{re} partie, chap. ix, p. 257 ; Merlin, *Répertoire*, t. II, *Conseils de tutelle*.)

être nulle en son entier. Comment maintenir la nomination à l'égard d'un seul des conseils et la frapper de nullité à l'égard des autres. A qui conférerait-on le droit de choisir, parmi les personnes qu'aura désignées le père, celle qui devra remplir les fonctions de conseil qu'il voulait attribuer à tous ? Est-ce à la mère, est-ce au conseil de famille, est-ce au tribunal qu'il faudra attribuer ce choix ? Cette difficulté seule suffirait à démontrer qu'on ne peut admettre ce tempérament à une nullité qui s'impose, et qu'il faut décider que le père, en dépassant les pouvoirs que lui confère la loi, a fait un acte absolument nul.

Le père peut avoir désigné plusieurs conseils, non pas pour qu'ils fonctionnent ensemble et concurremment, — mais pour le cas où celui qu'il désigne comme devant entrer en fonctions à son décès viendrait à décéder, soit avant la mort du père, soit avant la majorité de l'enfant, ou bien refuserait la charge qui lui est confiée, ou encore cesserait, pour une raison ou une autre, de remplir ses fonctions après les avoir exercées pendant un temps plus ou moins long. — Ces désignations subsidiaires seraient-elles valables ?

Nous pensons que rien ne s'y oppose, et que, dans ces divers cas, le père pourrait valablement prévoir ainsi les causes de nature à empêcher le premier conseil nommé de remplir sa mission, et pourvoir à son remplacement ¹. Il n'y a là rien de contraire au texte de la loi, puisque le père n'a nommé qu'un seul conseil, et que les autres ne doivent être investis de cette qualité que le jour où le pre-

1. Dalloz pense que la nomination d'un second conseil ne serait valable qu'autant que le premier décéderait avant le père. (*Rec. alph.*, v° *Minorité*, n° 88.)

mier la perdra. Ce n'est donc que l'avis d'un seul conseil que la mère aura à requérir : et dès lors les difficultés que nous avons signalées et qui résulteraient de la constitution d'une assemblée de conseils ne risqueraient pas de se produire, puisque ces divers conseils ne fonctionneraient pas ensemble.

Cette solution a l'avantage de parer au danger de voir le décès du conseil avant la majorité de l'enfant priver la mère du guide que le père avait voulu lui donner dans l'exercice de la tutelle, qu'elle devrait sans cela continuer à gérer seule, puisque, selon nous, elle n'a plus maintenant le droit de la refuser ¹. Les conseillers qu'elle pourrait librement s'adjoindre n'auraient pas, à l'égard du conseil de famille, la même autorité que celui qu'aura désigné le père ; et c'est sur la mère seule que pèserait toute la responsabilité.

Nous faisons disparaître ainsi un des arguments invoqués par ceux qui permettent à la mère de se démettre de la tutelle par elle acceptée, et les inconvénients qu'ils signalent s'effacent devant la faculté reconnue au père de désigner à l'avance des conseils consécutifs et subsidiaires ².

Le choix du père dans la nomination du conseil qu'il nomme à la mère est tout à fait libre, et la loi ne lui a imposé aucune condition spéciale : il pourra porter son choix soit sur un parent, soit sur un ami, ou encore désigner un fonctionnaire public, un magistrat, un juge de paix, un notaire ³.

De ce que le choix du père n'est nullement limité, il ne s'ensuit pas qu'il pourrait nommer une personne indigne

1. Cf. *suprà*, p. 483.

2. Conf. Demolombe, t. VII, n° 106.

3. Ces conseils, notaire ou magistrat, ne pourraient en ce cas recevoir pour le mineur des actes de leur ministère. (V. *Annales du Notariat*, t. IV, p. 338.)

ou incapable d'être tuteur ; il ne pourrait nommer une femme, si ce n'est une ascendante ; il ne pourrait non plus désigner un muet, un interdit.

Pourrait-il désigner comme conseil un étranger ?

Cette question se rattache à la grande théorie relative aux droits civils des étrangers en France.

Nul doute que le père ne puisse désigner un étranger admis à domicile, ou même, en dehors de cette admission, un étranger appartenant à une nation qui aurait par traité concédé ce droit aux Français.

Mais, en dehors de ces cas, la jurisprudence, on le sait, à la différence d'un parti important dans la doctrine, n'accorde aux étrangers que les droits des gens, et leur refuse les droits purement civils (art. 11 C. civ.) dans lesquels elle fait rentrer tous les droits relatifs à la tutelle, à moins qu'il ne s'agisse d'ascendants à l'égard de leurs descendants. Elle leur refuse donc le droit, non seulement d'être tuteurs sinon de leurs descendants, mais encore de faire partie d'un conseil de famille¹, et celui d'être nommé par le père comme conseil à la mère. C'est ainsi que le Tribunal de la Seine a récemment annulé la disposition par laquelle le grand peintre Paul Baudry avait nommé le sieur Éphrussi, sujet russe, comme conseil à sa veuve pour la tutelle de ses enfants.

Quoi qu'il en soit de cette question spéciale, il est naturel d'exiger chez celui dont l'avis est nécessaire pour les actes de tutelle, la même capacité que chez celui qui serait appelé à exercer lui-même la tutelle. Il faut donc admettre que la mère ou le conseil de famille auraient le droit de se pourvoir devant les tribunaux pour faire révoquer un conseil indigne ou incapable, ou pour faire

1. Affaire de Chaulnes-Galitzin.

annuler sa nomination. La mère serait ensuite absolument libre dans la gestion de la tutelle, et, ainsi que nous l'avons établi pour le cas de nomination de plusieurs conseils, le conseil de famille ou les tribunaux n'auraient pas le droit de lui nommer un autre conseil sous prétexte que le père a montré vis-à-vis d'elle une certaine défiance.

Ce droit constitue une dérogation à la règle ordinaire, et la loi ne l'a conféré qu'au père : il ne peut donc être exercé par d'autres que lui.

Cette solution est généralement admise en ce qui concerne le remplacement du conseil indigne ou incapable.

Mais on a soutenu que si le père s'était borné à exprimer l'avis que la mère ne pouvait agir seule et qu'un conseil lui était nécessaire, les tribunaux devraient pourvoir eux-mêmes en nommant un conseil à la mère : « Autrement, dit-on, on se trouverait dans la nécessité ou d'écarter une mère peu entendue en affaires par une délibération flétrissante pour elle selon le rang où elle serait placée, ou de lui laisser une administration qu'elle ne saurait conduire.¹ »

Nous ne saurions, même avec les réserves que l'on formule, et qui visent l'expression formelle de l'avis du père, accepter cette manière de voir. La loi a considéré la nomination d'un conseil comme pouvant constituer une mesure utile, mais non pas indispensable : elle a conféré au père, mais au père seul, le droit de décider si cette mesure est ou non nécessaire.

S'il le juge ainsi, il pourra nommer un conseil à sa veuve, la loi lui en donne le droit : mais là se borne son pouvoir, et il ne pourrait déléguer aux tribunaux un droit qui n'a été admis que pour lui-même.

1. Bousquet, *des Tutelles*, t. 1^{er}, p. 449.

Il est inexact d'ailleurs de prétendre que le conseil de famille se trouverait dans la fâcheuse nécessité d'enlever à la mère la tutelle : ni le conseil de famille, ni le mari lui-même n'ont le droit d'enlever à la mère un droit qu'elle tient de la loi ; de ce que le père aurait déclaré que la mère n'est pas selon lui capable d'agir seule, il ne saurait s'ensuivre que le conseil de famille pourrait l'exclure de la tutelle, droit que le mari lui-même n'aurait pas.

Encore une fois, la nomination d'un conseil, si elle peut parfois être utile, n'est jamais indispensable ; le Code a organisé la tutelle de telle façon qu'elle offre au mineur des garanties tout à fait suffisantes ; elle a permis au père de recourir, à l'égard de la mère, à une mesure protectrice de plus ; mais cette mesure est purement facultative pour le père, et lui seul peut y recourir. Si donc la seule personne qui puisse la prendre s'en abstient, la mère conserve ses droits intacts, et ni le conseil de famille, ni le tribunal, avec ou sans l'avis de ce conseil, ne peuvent les modifier ⁴.

Nous déciderons donc qu'au cas où le père s'est borné à déclarer sa femme incapable de gérer seule la tutelle, comme au cas d'incapacité ou d'indignité du conseil nommé, la mère sera parfaitement libre, comme si son mari s'était abstenu de toute disposition.

Rappelons cependant que nous avons admis la faculté pour le père, s'il prévoyait que le conseil pourrait ne pas remplir ses fonctions, par suite de décès, d'indignité, ou

4. Demolombe, t. VII, n° 185 ; Marchant, n° 17 ; Duranton, t. III, n° 421 ; Magnin, t. I^{er}, n° 451 ; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 486 ; Aubry et Rau, § 99 bis, note 8 ; Laurent, t. IV, n° 278 ; Dalloz, *Minorité*, n° 87. — *Adde* : motifs de l'arrêt du tribunal de la Seine, dans l'affaire veuve Baudry, que nous venons de rappeler.

d'incapacité, de désigner subsidiairement une autre personne pour le remplacer.

De ce que, pour pouvoir remplir les fonctions de conseil, il faut, comme nous l'avons dit, réunir les qualités qui sont exigées d'un tuteur, il ne s'ensuit pas qu'il faille assimiler de tous points le conseil au tuteur, et lui appliquer toutes les règles que la loi a établies pour la tutelle elle-même.

Le conseil est appelé à remplir purement et simplement un mandat : il rend au père un service amical ; il ne remplit pas, comme le tuteur, une charge publique. D'où suit que, à la différence du tuteur, il pourrait refuser de remplir la fonction à laquelle le père l'a appelé. Si la loi a rendu obligatoire, dans la plupart des cas, l'acceptation de la tutelle, c'est afin de ne pas laisser les mineurs dépourvus de surveillance : mais la présence du conseil n'est pas, tant s'en faut, aussi nécessaire au mineur que celle du tuteur lui-même : il aura toujours sa mère pour veiller sur lui et sur ses intérêts. C'est pourquoi, alors qu'elle a rendu la tutelle obligatoire, la loi n'a cru devoir édicter aucune disposition analogue par rapport au conseil donné à la mère : ce sont donc les règles du mandat qu'il faudra lui appliquer, d'où il suit qu'il pourra refuser ce mandat : (art. 2003.)

Selon nous, il pourra le refuser non seulement avant d'entrer en fonctions, mais même après avoir rempli pendant quelque temps la mission qui lui a été confiée.

Certains auteurs ont cependant formulé des doutes sur ce dernier point. Ils font remarquer que la mère a pu compter sur l'aide de ce conseil, et qu'elle n'aurait pas sans cela accepté la tutelle : ne serait-ce pas lui faire tort que de permettre au conseil de cesser ses fonctions

le jour où il lui plairait et sans avoir à faire valoir aucune excuse légale ?

Il eût peut-être mieux valu, en effet, que la loi interdît au conseil qui aurait accepté le mandat à lui confié par le père de s'en démettre ensuite sans motif ; mais dans le silence de la loi, on ne peut, selon nous, se départir des règles ordinaires du mandat. La mère n'a-t-elle pas d'ailleurs dû envisager à l'avance la possibilité de se trouver un jour privée de son conseil, par suite de décès ou de révocation ? Pourquoi lui faire une situation spéciale dans le cas de démission ?

Nous ne pouvons, pour le cas de refus ou de démission du conseil, que rappeler l'opinion que nous avons admise pour les cas de sa révocation ou de son décès ; selon nous, les tribunaux n'auraient pas le droit de nommer un nouveau conseil en remplacement du premier.

Quelle est l'étendue des pouvoirs du conseil donné par le père à la mère tutrice ?

C'est à la volonté du père qu'il faut s'attacher pour décider cette question : de même que c'est à lui d'apprécier si un conseil est nécessaire à la mère, c'est à lui aussi de décider si la mère sera tenue de demander l'avis du conseil pour tous les actes de la tutelle ou seulement pour certains de ces actes.

Dans ce dernier cas, le Code porte que la mère pourrait faire seule tous les actes pour lesquels le conseil n'aura pas été nommé.

Si la nomination du conseil est pure et simple, il est censé nommé pour tous les actes de la tutelle. Une distinction a été pourtant admise par la Cour de Besançon ¹,

1. Arrêt du 29 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 203).

mais cette distinction nous paraît absolument arbitraire.

La mère, aux termes de cet arrêt, pourrait répondre, sans l'avis du conseil, aux actions qui seraient intentées contre le mineur, et cet avis ne serait nécessaire que pour les actes dont elle prendrait elle-même l'initiative : il ne le serait pas pour les autres. C'est là, selon nous, aller contre le texte même de l'art. 391, qui porte que la mère ne pourra faire, sans l'avis du conseil, aucun acte relatif à la tutelle.

La distinction que nous repoussons ne s'explique pas davantage en raison. Dira-t-on que la mère est obligée de répondre aux actions qu'on lui intente et que par conséquent l'avis du conseil ne pourrait l'en dispenser ? Nous n'y contredirons pas ; mais il ne saurait s'ensuivre que cet avis lui soit inutile.

Le conseil peut en effet la décider, lui montrer quelle voie il convient de suivre, lui conseiller une transaction, la guider dans la procédure.

Il faut donc s'en tenir à la lettre de la loi, et exiger que la mère se munisse de l'avis du conseil pour tous les actes relatifs à la tutelle, quand le père lui-même n'a pas limité à certains actes seulement le pouvoir de ce conseil.

Ce n'est pas seulement pour certains actes, mais aussi pour un certain temps que le père peut nommer un conseil à la mère. Il peut en effet ne restreindre les droits de la mère que dans une mesure inférieure à celle pour laquelle il est à cet égard autorisé par la loi ; ce qu'il ne peut faire, c'est dépasser cette limite. C'est ainsi qu'il ne pourrait pas enlever à la mère la gestion de la tutelle pour la confier au conseil ; il ne pourrait non plus confier à celui-ci l'exercice de certains actes. Le conseil

n'est, en effet, ni un tuteur ni un curateur, sinon il faudrait l'envisager comme un véritable tuteur testamentaire, alors que le Code ne permet qu'au dernier mourant des père et mère la nomination d'un tel tuteur.

La mère conserve donc l'administration de la tutelle qu'elle tient des dispositions de la loi, et le père n'aurait pas le droit de l'en priver. Il peut seulement lui enjoindre de demander l'avis d'un conseil qu'il lui désigne.

Elle-même ne pourrait valablement renoncer à la tutelle de ses enfants pour en charger le conseil, sous prétexte de se conformer au désir exprimé par le père ; elle ne peut que renoncer purement et simplement à la tutelle, et c'est au conseil de famille qu'il appartiendra en ce cas de lui nommer un remplaçant. Mais si, tout en conservant en droit la tutelle, elle a, en fait, transféré ses droits au conseil, elle pourra toujours revenir sur une pareille décision : c'est elle en effet qui reste tutrice et qui continue à assumer toutes les responsabilités de la tutelle ¹.

Le conseil ne peut donc pas agir lui-même : il ne peut non plus obliger la mère à agir ; il n'a, suivant les expressions de Rolland de Villargues, « qu'un pouvoir négatif pour empêcher la mère de faire des actes imprudents et nuisibles au mineur ², c'est en quelque sorte un droit de *veto* ».

Les pouvoirs du conseil se bornent exclusivement à un avis à donner sur les actes de tutelle ; et cet avis ne pourrait être exigé pour les actes que la mère ne ferait pas en qualité de tutrice, mais en qualité de mère ou comme usufruitière légale. Elle ne serait donc pas tenue de de-

1. Bruxelles, 2 mai 1806, et Gênes, 10 août 1811 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 89). Valette, sur Proudhon, t. II, p. 287, note I.

2. *Rép. du not.*, v° *Conseil de tutelle*, n° 48.

mander l'avis du conseil pour les actes relatifs à l'administration de la personne de ses enfants ¹, puisque c'est en vertu de la puissance paternelle que cette administration lui appartient, et que le père ne peut modifier en rien l'exercice de cette puissance pour sa veuve. Elle seule dirigera donc sans aucun contrôle l'éducation de ses enfants.

Nous avons dit que le père ne pourrait non plus porter atteinte aux droits de la mère comme usufruitière légale : c'est là encore en effet un attribut de la puissance paternelle et non pas de la tutelle. D'où il suit que la mère n'aurait pas à demander l'avis du conseil pour l'administration des biens dont elle a la jouissance légale.

Des observations qui précèdent, et spécialement de celle qui a trait aux actes de la mère comme usufruitière légale, il résulte que les pouvoirs du conseil sont plus restreints qu'on ne semble souvent se l'imaginer. Mais il ne faudrait cependant pas aller jusqu'à en conclure avec Chardon ² que la nomination d'un conseil est une disposition inutile ; l'avis du conseil sera nécessaire pour tous les actes qui, dépassant les pouvoirs d'un usufruitier, rentrent dans ceux que peut accomplir un tuteur ; et après l'extinction de l'usufruit légal il devra être consulté pour tous les actes.

Le conseil a pour mission d'habiliter la mère à accomplir certains actes qu'elle n'aurait pas le droit de faire sans lui ; mais sa présence ne change rien au rôle qu'ont à remplir soit le subrogé-tuteur, soit le conseil de famille. C'est ainsi que le conseil ne pourrait défendre à une action

1. Voir la discussion devant le Conseil d'État, dans Loaré, *Législ. civile*, t. VII, p. 170, n° 8.

2. *Puissance tutélaire*, n° 10.

intentée par la mère contre le mineur ⁴. Au subrogé-tuteur seul appartient le droit de défendre les intérêts des mineurs lorsqu'ils se trouvent en contradiction avec ceux de la mère, et le conseil, même avec l'assistance du subrogé-tuteur, serait sans qualité pour agir. De même la mère ne pourrait faire, avec le seul avis du conseil, les actes de tutelle pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est exigée. En un mot, la mère, même avec l'avis de son conseil, n'a d'autre capacité que la capacité ordinaire d'un tuteur, et il lui faudra toujours requérir l'autorisation du conseil de famille dans tous les cas prévus par la loi.

Nous avons délimité le domaine des actes pour lesquels l'avis du conseil est nécessaire à la mère. Il nous reste à voir en quoi consiste cet avis. Faut-il admettre que le conseil doit seulement faire connaître son opinion, son avis sur l'acte projeté par la mère, sans que cet avis lie nécessairement la mère, ou plutôt sans que la mère soit obligée de s'abstenir de l'acte qu'elle voulait accomplir si le conseil ne l'approuve pas? Ne faut-il pas au contraire considérer cet avis comme un véritable consentement que le conseil doit donner, et à défaut duquel la mère serait obligée de s'abstenir, sauf la question du recours, question que nous examinerons plus loin?

Nous n'hésitons pas à adopter cette dernière solution. La mère ne peut, selon nous, se borner à consulter le conseil, quitte à agir ensuite comme bon lui semble. Ce serait réduire à une faculté absolument dérisoire le droit reconnu par la loi au père de nommer un conseil à sa

4. Douai, 47 janvier 1820 (Sirey, 21, 2, 217); Blœchel, § 3; de Fréminville, t. I^{er}, n° 49; Zachariæ, § 438, note 6; Aubry et Rau, t. I^{er}, 99 bis; Laurent, t. IV, n° 379.

veuve tutrice, que d'admettre que cette veuve pourrait se contenter de demander à ce conseil un simple avis *pro forma*. Les termes mêmes de la loi condamnent d'ailleurs une pareille interprétation ; elle porte en effet que la mère ne peut agir « sans l'*avis* du conseil », et non pas « sans avoir demandé cet avis », ce qui serait tout différent.

La fin de l'art. est plus explicite encore : « La tutrice, y est-il dit, sera habile à faire, sans l'*assistance* du conseil, les autres actes (c'est-à-dire ceux pour lesquels le père l'a dispensée de recourir à son avis) ; il faut donc que le conseil assiste la mère, et peut-on soutenir qu'il y a assistance lorsqu'elle se borne à demander l'avis du conseil et agit ensuite à sa guise sans plus s'inquiéter de l'avis qui lui a été donné ? Assister, c'est consentir, concourir à l'acte : c'est ainsi que le conseil judiciaire des prodigues et des faibles d'esprit les assiste, et que ceux-ci ne peuvent faire sans cette assistance les actes que la loi a énumérés (art. 499 et 513) : de même pour le mineur émancipé qui doit être également assisté de son curateur : (art. 480 et 482.)

Les partisans de l'opinion contraire ont si bien senti la force de l'argument qui ressort de ce mot *assistance* employé par la loi, qu'ils ont essayé de l'écarter à l'aide d'une distinction.

C'est ainsi que Zachariæ fait remarquer que l'art. 390, dans son premier alinéa, prévoit le cas où le conseil aurait été donné pour tous les actes sans distinction, et admet qu'en ce cas la mère ne peut agir sans l'avis du conseil. Mais dit-il, le Code n'a pas ici voulu entendu autre chose que l'obligation, pour la mère, de consulter le conseil ; mais une fois qu'elle s'est conformée à cette prescription, elle est libre d'agir à son gré. Le second alinéa se rapporte

au contraire au cas où le conseil n'aurait été nommé que pour certains actes, et dans ce cas, mais dans ce cas seulement, la mère ne pourrait agir qu'avec l'assistance du conseil dont il lui faudrait donc le consentement ¹.

C'est là une distinction qui nous paraît inventée pour les besoins de la cause, et dont on ne se rend pas compte en raison. On reconnaît que, eu égard à la précision du mot *assistance*, le consentement du conseil est nécessairement exigé dans un cas, mais on maintient qu'il ne l'est pas dans l'autre cas où la loi n'emploie que le mot *avis*.

Sans revenir sur ce que nous avons dit du sens que présente ce mot *avis*, qui doit s'entendre de *consentement*, nous nous demandons en allant au fond des choses pourquoi on admettrait une solution différente pour les deux cas ? Dans l'un comme dans l'autre, le père a considéré que la femme n'était pas capable de gérer seule la tutelle de ses enfants : mais dans un cas elle ne lui a paru incapable que pour certains actes, tout en restant pleinement capable pour les autres : dans ce cas il s'est borné à lui donner un conseil pour les premiers seulement. Quel sera le rôle du conseil ? Faudra-t-il qu'il donne un consentement ou seulement un avis ? Un consentement répond Zachariæ ! Et nous sommes d'accord avec lui. — Mais que si, au contraire, le père a considéré sa femme comme absolument incapable, et a cru devoir lui donner un conseil pour tous les actes, quel sera cette fois le rôle de ce conseil ? Il devra se borner, répond Zachariæ, à donner un simple avis, et la mère pourra se passer de son consentement. — N'y a-t-il pas là une inconséquence

1. Zachariæ, § 137, t. 1^{er}, p. 272, notes 3 et 5.

évidente ! On donne à la mère des pouvoirs plus étendus quand précisément le père l'a considérée comme moins capable, et on les restreint quand le père l'a jugée plus entendue en affaires !

La mère doit obtenir, nous venons de le voir, le consentement du conseil : elle doit s'assurer son concours¹. Mais qu'arrivera-t-il si le conseil lui refuse ce concours ? La mère sera-t-elle définitivement et sans rémission obligée, comme le veulent certains auteurs², à s'abstenir de l'acte qu'elle voulait faire, ou gardera-t-elle un recours contre la décision de ce conseil ? Quel serait ce recours ? Devrait-elle le porter devant le conseil de famille ou devant le tribunal ?

Selon nous, un recours ne doit pas être refusé à la mère contre le refus d'assistance de la part du conseil, et ce recours devrait, à notre avis, être porté devant le conseil de famille.

On objecte, il est vrai, que l'intervention du conseil est une mission toute de confiance, d'amitié, que le conseil de famille pas plus que le juge n'a le droit de contrôler³.

Nous ne contestons pas que tel soit en effet le caractère de la mission du conseil ; mais il ne faut pas oublier que c'est toujours la mère qui est tutrice ; qu'elle peut avoir son avis qui, malgré le peu de confiance que le père lui a

1. Demolombe, t. VII, n^{os} 92, 93 et 94. — Cet auteur, faisant l'application de ces principes à l'hypothèse d'un paiement, décide que le débiteur devra payer entre les mains de la mère assistée de son conseil, et pourra exiger, sur la quittance, la signature de ce dernier à côté de celle de la mère. — Cf. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I^{er}, n^o 591 ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 287, obs. 2 ; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 485 ; Aubry et Rau, § 99 *bis*, note 12 ; Laurent, t. IV, n^o 380. — *Junge* : Aix, 31 mars 1840 (Dalloz, v^o *Minorité*, n^o 91).

2. Laurent, sur l'art. 392, I. — *Adde* Laurent, t. IV, n^o 380.

3. Marcadé, t. IV, n^o 380, *in fine*.

témoignée, peut être encore le meilleur, et qu'elle est responsable de sa gestion : la responsabilité que pourrait encourir le conseil ne l'affranchissant pas de la sienne propre.

Nous avons décidé qu'on ne pouvait, sans annihiler la faculté accordée au père, reconnaître à la mère le droit d'agir seule, lorsqu'elle se trouve en divergence d'opinion avec le conseil.

Mais en concédant au conseil de famille le droit d'intervenir pour régler tels ou tels points sur lesquels un tuteur autre que la mère n'aurait pas besoin de le consulter, on n'enlève nullement à la volonté du père l'efficacité qu'elle doit conserver, et on la concilie avec le droit de la mère qui, en définitive, est plus au courant que personne des intérêts de ses enfants.

Nous pensons donc que le conseil de famille pourrait prononcer sur tout différend qui se produirait entre le conseil et la mère : les membres de cette assemblée connaissent en effet les intérêts du mineur ; ils connaissent personnellement la mère et souvent aussi le conseil que lui a nommé le père ; ils sont au courant de ce qui a pu être déjà fait au cours de la tutelle et de ce qui est à faire. C'est donc à eux qu'il appartient de prononcer en dernier ressort.

En ce qui concerne le conseil judiciaire d'un prodigue, la jurisprudence a décidé que c'est aux tribunaux que doit être porté le recours contre le défaut d'assistance ¹. Mais il faut remarquer que les deux cas sont essentiellement différents. Le conseil judiciaire est nommé par le

1. Orléans 15 mai 1847 (Dalloz, 1847, 2, 438); Besançon, 11 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 61); Req. 22 août 1868, (Dalloz, 1869, 1, 268).

tribunal : il est logique que le tribunal puisse aussi soit le révoquer, soit tout au moins nommer au prodigue un conseil *ad hoc* pour l'assister dans l'acte auquel ils s'est refusé à donner son consentement.

Le conseil de tutelle au contraire, étant nommé par le père, le juge n'est compétent ni pour le révoquer ni pour en nommer un autre. Le conseil de famille n'aurait d'ailleurs pas lui-même un tel droit, et ce n'est pas en effet ce pouvoir que nous croyons devoir lui reconnaître ; nous admettons seulement que son avis pourrait, le cas échéant, remplacer celui du conseil de tutelle. Tous les intérêts seraient ainsi sauvegardés : celui de la mère, celui des enfants, et enfin celui du respect de la volonté du père puisque la femme n'agira pas seule mais sera au contraire habilitée par le conseil de famille dont la décision a certainement autant de poids que celle du conseil lui-même ¹.

A ceux qui admettent, contrairement à notre opinion, que le recours doit avoir lieu non devant le conseil de famille mais devant le tribunal ², nous concédons du moins que la mère pourrait, en conformité de l'art. 883 C. pénal, se pourvoir devant les tribunaux contre la décision du conseil de famille qui lui refuserait le consentement déjà refusé par le conseil.

Il pourrait se produire de la part du conseil de tutelle une mauvaise volonté systématique qui l'amènerait à refuser d'une manière uniforme son consentement chaque fois que la mère viendrait à lui demander son avis. Une semblable manière d'agir pourrait être considérée comme

1. *Conf.* Demolombe, t. VII, 95 et 96. — De Fréminville, t. I^{er}, n° 42; Aubry et Rau, t. I^{er}, § 99 bis, notes 13 et 14.

2. Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 11.

une véritable démission, et la mère n'aurait pas en ce cas à recourir à l'avis du conseil de famille : elle aurait le droit de saisir le tribunal pour lui demander de constater la démission du conseil et de se faire relever ainsi de son incapacité.

Si le conseil ne peut refuser une fois pour toutes son consentement, il ne peut non plus le donner par avance et d'une façon générale. La loi prescrit son assistance : il faut donc qu'il intervienne pour chaque acte et que son consentement soit spécial. Le plus souvent le conseil sera présent à l'acte et il en sera fait mention. En cas d'absence, il devra donner à la mère son consentement par écrit, et au besoin un mandat soit sous seing privé, soit authentique, suivant que l'acte que la mère doit passer sera lui-même sous seing privé ou authentique.

Les actes que ferait la mère sans l'assistance du conseil seraient-ils nuls à l'égard des tiers ?

La question a été et est encore vivement controversée.

Il y a tout d'abord deux cas à distinguer : celui où les tiers auraient eu connaissance de l'existence d'un conseil nommé à la mère tutrice, et celui où ils l'auraient ignoré. On s'accorde pour décider que la nullité pourra être invoquée dans le premier cas, les tiers ; ce n'est que par rapport au second cas que la doctrine s'est divisée.

Les partisans de la négative font valoir combien il serait dangereux pour les tiers de risquer d'être victimes d'un fait qu'ils ont pu ignorer. S'il faut, en règle générale, appliquer la maxime : « *qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* ». C'est parce qu'il s'agit d'incapacités qui découlent de la loi ; tan-

dis qu'ici le pouvoir de la mère tutrice est entier en principe, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il se trouve restreint par la volonté du père, c'est-à-dire par un acte pour lequel aucune formalité de publicité n'est exigée et qui par conséquent a pu rester ignoré ¹.

On peut répondre à cet argument en rappelant que les actes passés par les tiers avec un mineur émancipé après la révocation de l'émancipation sont nuls, même à l'égard des tiers, bien que la révocation de l'émancipation ne soit soumise à aucune publicité. Il peut y avoir là une situation regrettable, mais c'est au législateur et non à l'interprète qu'il appartient d'y porter remède.

Les tiers ne sont pas du reste dans une impossibilité absolue de prendre leurs précautions. S'il est vrai que la loi confère à la mère la pleine capacité de tutrice, n'est-ce pas elle aussi qui donne au père le droit de restreindre cette capacité ? Les tiers sont donc appelés à se tenir sur leurs gardes ; c'est à eux de s'informer auprès du subrogé-tuteur si un conseil a été nommé par le père à la mère tutrice. Il est incontestable que cette défiance, salutaire pour eux, pourra être par contre nuisible aux intérêts des mineurs : les tiers ne traiteront que difficilement avec la mère, s'ils ont à craindre de voir annuler les actes par eux passés. — Mais n'est-ce pas là un résultat forcé de l'institution du conseil de tutelle ou du moins de la manière dont cette institution a été organisée par la loi ? Il suffirait pour le conjurer d'exiger, par exemple, que l'acte

1. MM. Aubry et Rau, § 99 *bis*, note 48; Delvincourt, t. I^{er}, n° 270; Rolland de Villargues, n° 24; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 288, obs. 3.

Tel était aussi le système admis par l'ancienne jurisprudence. Cf. Merlin, *Questions de droit*, t. VI, v° *Tuteur*, § 1; Méslé, *des Tutelles* 1^{re} part., chap. XIII, n° 49.

de nomination du subrogé-tuteur dût renfermer la mention qu'il a été nommé un conseil à la mère tutrice¹ : c'est affaire au législateur.

Quoi qu'il en soit, étant données les dispositions légales actuellement existantes, si l'on admet que les actes passés par la mère sans l'avis du conseil sont valables à l'égard des tiers, il faut bien se rendre compte que la nomination de ce conseil resterait en fait lettre morte, et que les mineurs seraient laissés sans protection, car le recours en dommages et intérêts qui leur serait ouvert contre la mère peut se trouver insuffisant en cas d'insolvabilité. Ce serait d'ailleurs, un recours ouvert contre eux-mêmes, puisqu'ils sont appelés à succéder à leur mère.

Concluons donc que la tutrice n'étant pas habile à faire seule les actes pour lesquels l'avis du conseil est requis, ces actes doivent être déclarés nuls si elle les a faits sans cet avis. C'est ce qu'a admis la Cour d'Aix², dans un arrêt que nous ne pouvons qu'approuver.

Formulons cependant une réserve. La nullité ne pourrait être demandée si, malgré des diligences dont ils justifient, les tiers n'ont pu connaître l'existence du conseil, au cas par exemple où il aurait été nommé dans un testament encore inconnu au moment de l'acte et qui ne serait découvert que plus tard.

Ajoutons également que la nullité ne pourrait être demandée s'il s'agissait d'un acte pour lequel l'autorisation

1. Demolombe, t. VII, n° 98.

2. Aix, 31 mars 1840, Dalloz (v° *Minorité*, n° 91). L'arrêt accorde le droit de demander la nullité non seulement aux tiers et au mineur, mais même à la mère ; ce que n'admettent pas Demolombe (t. VII, n° 98) et de Fréminville (t. 1^{er}, n° 43). -- *Adde* : Magnin, t. 1^{er}, nos 447-449 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. 1^{er}, n° 591 ; Laurent, t. IV, n° 382.

du conseil de famille serait nécessaire et aurait été donnée. De même que nous avons admis qu'en cas de conflit entre la mère et le conseil l'avis du conseil de famille pourrait remplacer celui du conseil de tutelle, de même nous ne faisons aucun doute que dans le cas où cet avis aurait été donné en conformité de la loi et en l'absence de tout conflit entre la mère et son conseil, l'acte ne fût parfaitement valable ¹.

Faut-il considérer le conseil de tutelle comme pouvant encourir une responsabilité ?

La négative a été soutenue en vertu du vieil adage : *non fraudulenti consilii nulla est obligatio* ².

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de faire ici application de cette règle : il ne s'agit pas en effet d'un simple conseiller mais d'un mandataire, et par conséquent ce sont les règles du mandat qu'il faut lui appliquer ³ ; d'où suit que le conseil est responsable non seulement de son dol, ce que tout le monde admet, non seulement de sa faute lourde qu'il faut assimiler au dol, mais encore de toutes ses fautes ⁴ :

Nous repoussons également la distinction qui veut qu'on n'admette de responsabilité pour le conseil qu'en vertu de l'art. 1382, s'il a refusé de donner son avis, mais que s'il l'a donné, bon ou mauvais, il n'encourt aucune responsabilité ⁵.

1. Aubry et Rau, § 99 bis, note 19.

2. Loi 47, Dig., *De reg. jur.*, L. 17. En ce sens : Marcadé, art. 392, t. 1^{er}, de Fréminville, t. 1^{er}, n° 39; Demante, 2°, 140 bis, III; Allemand, t. II, n° 1185.

3. Aubry et Rau, § 99 bis, note 16.

4. Valette sur Proudhon, t. II, p. 288, IV; Taulier, t. II, p. 12; Zachariæ, t. 1^{er}, p. 273; Demolombe, t. VII, n° 102; Laurent, t. IV, n° 383.

5. Delvincourt, t. 1^{er}, p. 274; de Villargues, n° 22, Dalloz, v° *Minorité*, n° 96.

Nous n'avons pas d'ailleurs à nous appesantir sur cette question.

Quelle que soit la responsabilité du conseil, elle n'affranchit en rien la mère de sa responsabilité personnelle. La mère reste tutrice ; c'est elle qui agit : elle encourt donc en cette qualité la responsabilité des actes qu'elle accomplit.

Il est certain, néanmoins, qu'en fait, les tribunaux se montreront moins rigoureux pour la mère dans l'appréciation de l'étendue de sa responsabilité, si elle n'a agi qu'avec l'assistance de son conseil.

C. — *Curateur au ventre.* — « Si lors du décès du mari la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.

A la naissance de l'enfant, la mère deviendra tutrice et le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur. (Art. 373.)

Le législateur a craint une supposition ou une suppression de part, et il n'a pas voulu, sur la simple déclaration de la grossesse de la veuve, la nommer tutrice avant la naissance de l'enfant. On ne peut en effet appliquer ici la maxime : *infans conceptus pro nato habetur*, etc...

La mère peut avoir un intérêt opposé à celui de son enfant ; qui sait si elle ne cherchera pas à le faire disparaître pour pouvoir bénéficier d'une fortune dont elle serait par exemple légataire ? Quelque invraisemblable que soit un tel crime, la loi a dû multiplier les précautions dans l'intérêt de l'enfant.

C'est surtout d'ailleurs une supposition de part qui serait à craindre, car elle serait un moyen pour la mère de s'assurer l'usufruit des biens dont hériterait le prétendu enfant par suite de la mort du père.

Il faut qu'on puisse constater si l'enfant est né vivant et viable pour ne pas que la mère puisse cacher pendant quelque temps la mort de l'enfant, dans le but d'arriver à recueillir sa succession.

L'institution d'un curateur a pour objet d'empêcher de tels résultats de se produire. C'est là d'ailleurs une institution qui remonte au droit romain, où elle était bien plus complètement et plus régulièrement organisée que dans notre législation ¹. C'est à ce droit aussi qu'elle a emprunté son nom barbare qui s'est maintenu dans l'ancien droit, *curator ad ventrem*. On avait, lors de la rédaction, proposé de substituer à cette expression celle de *curateur à l'enfant à naître* ². La tradition l'emporta et l'on conserva l'ancienne expression.

C'est le conseil de famille qui nomme ce curateur. Il en était autrement dans l'ancien droit, où la nomination était faite par le juge sur l'avis du conseil de famille ³. Le mode actuel de nomination est plus rationnel : en effet, ce curateur est appelé à devenir de plein droit subrogé-tuteur après la naissance de l'enfant, et le subrogé-tuteur étant nommé par le conseil de famille, il était juste qu'il en fût de même du curateur.

Qui peut demander la nomination de ce curateur ?

C'est d'abord et sans aucun doute la mère : elle peut craindre en effet que les héritiers du mari ne viennent à prétendre plus tard qu'elle a simulé une grossesse et un accouchement, et elle se met ainsi à l'abri d'une supposition injurieuse. Sa demande doit, selon nous, être ad-

1. Loi 7 D., *De tut.* et loi 8 II., *De curat. furios.* — Voir aussi loi 20 D., *De tutoribus*.

2. Voir Loqué, *Législation civile*, t. VII, p. 99 et 159.

3. Nouveau Denisart, t. V, v° *Curatelle*, § 8, n° 1.

mise sans qu'il y ait lieu à l'examen physique qu'exigeait le droit romain. La Cour d'Aix a jugé qu'il suffisait, pour que les héritiers du mari ne soient pas envoyés en possession, que la mère se déclarât enceinte ¹.

Indépendamment de la mère le droit de demander la nomination d'un curateur appartient-il à d'autres personnes? Faut-il le lui réserver exclusivement comme on l'a soutenu ², ou faut-il au contraire le reconnaître à tout intéressé? C'est pour cette dernière solution que nous nous prononçons. En effet, on ne peut refuser aux héritiers qui ont intérêt à prévenir une supposition de part le droit de prendre à cet effet les mesures nécessaires, et ce droit doit être reconnu également au cas où la mère au lieu de déclarer la grossesse la nie, car en ce cas, c'est la suppression de part qui est à craindre, et tous les intéressés doivent pouvoir intervenir ³.

On s'est demandé si la nomination du curateur au ventre serait encore nécessaire au cas où la veuve aurait déjà des enfants de son mariage. Le danger, a-t-on dit, n'existe plus en ce cas. En effet, si les enfants sont mineurs, la mère en est tutrice, et elle a de plus l'usufruit légal de leurs biens. Comment imaginer dès lors une supposition de part

1. 19 mai 1807 (Sirey, 1807, 2, 167). — Cf. Delvincourt, sur l'art. 393; Magnin, t. I^{er} n° 584; Demolombe, VII, n° 61; Zachariæ, § 135, note 1; de Fréminville, t. 1^{er}, n°s 61 et 67; Aubry et Rau, § 136, note 1.

2. Zachariæ, t. I^{er}, p. 270; Bousquet, *Des conseils de famille*, art. 393.

3. Aubry et Rau, § 136, notes 2 et 3; Demolombe accorde ce droit aussi au juge de paix, t. VII, n° 63. (Cf. Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Curateur*, § 9, et Magnin, t. I^{er}, n° 586). Nous devons réserver pourtant à la mère le droit de repousser cette demande en se soumettant volontairement à un examen médical pour faire constater qu'il n'y a pas lieu de nommer un curateur. Elle peut avoir en effet un intérêt à empêcher la nomination d'un curateur, par exemple si elle est elle-même héritière du mari.

Il y a d'ailleurs en ce cas un subrogé-tuteur qui veillera, s'il y a lieu. Si au contraire les enfants sont majeurs, ils peuvent eux-mêmes veiller à la sauvegarde de leurs intérêts ¹.

Cette argumentation ne nous a pas convaincu ! Et d'abord est-il donc certain que la mère aura toujours la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs ? Ils peuvent être âgés de plus de 18 ans, et elle-même aurait intérêt de simuler la naissance d'un nouvel enfant pour s'assurer la jouissance d'une partie des biens pendant une nouvelle période de 18 ans. Quant au cas où les enfants seraient majeurs, il est certain qu'ils sont à même de veiller sur leurs intérêts, mais ces intérêts se trouvent précisément opposés à ceux de l'enfant à naître ; or, si le curateur doit veiller sur les intérêts des héritiers du mari déjà existants, c'est par-dessus tout les intérêts de l'enfant à naître qu'il est appelé à sauvegarder ; c'est pour cet enfant surtout que son intervention est utile.

Le danger auquel la loi a voulu parer subsiste donc même au cas où il y a déjà des enfants ; et l'existence d'un curateur est aussi nécessaire dans ce cas que dans le cas d'absence d'enfants.

Mais on prétend que les termes de la loi ne permettent pas, dans cette hypothèse, la nomination d'un curateur, la loi n'ayant pas prévu ce cas. — Il faut se reporter aux termes de l'article : « Si la femme est enceinte », porte-t-il,

1. Laurent, t. IV, n° 394; Dcaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. I^{er}, p. 420, n° 592; Taulier, t. II, p. 17; Duranton, t. III, n° 429. Duranton excepte cependant le cas où l'enfant à naître serait appelé à avoir des intérêts opposés à ceux des enfants déjà nés, « intérêts qui exigent un défenseur ». Cette réserve suffit à ruiner ce système, car l'enfant aura toujours des intérêts opposés à ceux des enfants existants, puisqu'il diminuera nécessairement leur part dans la succession paternelle.

et il n'ajoute aucune autre condition : il n'exige nullement qu'elle soit sans enfants.

On pourrait induire, il est vrai, de la fin de l'article qu'il ne s'applique pas en cas où elle serait déjà tutrice ?

Cette objection ne saurait, en définitive, s'appliquer au cas où la mère aurait des enfants déjà majeurs ou émancipés. On reconnaît qu'en ce cas il est parfaitement conforme au texte de l'article de faire nommer un curateur qui veillerait aux intérêts de l'enfant à naître, intérêts en opposition avec ceux de ses frères ou sœurs.

On répond en concédant la nécessité du curateur au cas où les enfants sont majeurs, mais on continue de la contester pour le cas où les enfants seraient mineurs ¹.

On fait valoir, dans ce système ainsi restreint, que la loi prévoit le cas où la *mère est seulement enceinte*. Mais c'est faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit : « Si la mère est enceinte », porte l'article ce qui est bien autre chose que « seulement enceinte ». La loi, dit-on, suppose que la mère n'est pas encore tutrice et qu'il n'y a pas de subrogé-tuteur. Mais c'est encore une affirmation purement gratuite : l'article ne porte pas « elle deviendra tutrice », mais « elle en deviendra tutrice », ce qui veut dire qu'elle ne deviendra tutrice de son enfant à naître qu'après sa naissance, ce qui n'implique nullement qu'elle ne puisse être déjà tutrice de ses autres enfants.

On insiste et l'on nous oppose qu'il n'est pas nécessaire de nommer un curateur, puisqu'il y a déjà un subrogé-tuteur.

Il faut répondre que ce subrogé-tuteur nommé pour

1. Demolombe, t. VII, n^{os} 69 et 73 ; Valette, *Explicat. somm.*, p. 228 ; Massé et Vergé, t. I, p. 483 ; Demante, t. II, n^o 142 bis ; Marcadé, sur l'article 393, II.

la tutelle des enfants déjà nés n'a pas la mission de veiller sur les droits de l'enfant à naître, et spécialement d'empêcher la supposition de part : une telle mission n'entre nullement dans les fonctions du subrogé-tuteur. De ce que le curateur devient subrogé-tuteur après la naissance de l'enfant, il ne s'ensuit pas que le subrogé-tuteur puisse remplir les fonctions du curateur. Il est possible qu'en fait le conseil confie au subrogé-tuteur déjà existant la mission de curateur de l'enfant à naître, et ce, pour éviter qu'il y ait deux subrogés-tuteurs dans la tutelle des enfants. Mais en ce cas le subrogé-tuteur ainsi choisi comme curateur au ventre aura comme tel un pouvoir propre et distinct de celui que lui conférerait déjà la subrogée-tutelle.

Comme dernier argument contre le système que nous défendons, on invoque les travaux préparatoires et la suppression d'une disposition qui était ainsi conçue : « Quand il existera d'autres enfants mineurs non émancipés, leur subrogé-tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur à l'enfant à naître ¹. » Cette disposition fut en effet retranchée sans que l'on se soit expliqué le motif de cette suppression. Mais a-t-elle eu pour cause, comme le prétendent nos adversaires, l'inutilité de la nomination d'un curateur eu égard à la présence d'un subrogé-tuteur ?

Puisque l'on entre dans la voie des suppositions, pourquoi ne pas supposer au contraire, ce qui serait plus vraisemblable, que cette disposition a été rejetée parce qu'on a voulu s'en tenir au texte de l'art. 393, qui ne distingue pas entre les cas où la mère aurait déjà d'au-

1. Locré, *Lég. civile*, t. VII, p. 159.

tres enfants et celui où elle n'en aurait pas, absence de distinction qui s'explique naturellement, puisque le danger que la loi a voulu prévenir existe dans les deux cas¹ ?

Les fonctions du curateur au ventre sont de deux sortes. En premier lieu, il doit, comme nous l'avons dit, veiller à ce qu'il ne se produise pas de suppression ou de supposition de part ou de substitution d'enfant. Quelles mesures pourrait-il prendre à cet effet ? La loi ne s'en est pas expliquée : elle a par conséquent laissé l'appréciation de ces mesures aux tribunaux, et il est évident que les juges ne sauraient agir avec trop de délicatesse à l'égard de la mère.

Le curateur doit en second lieu administrer les biens qui pourraient appartenir à l'enfant à naître ; c'est à lui de veiller sur ses intérêts ; mais il devra se borner aux actes d'administration provisoire, et encore ce droit d'administration ne lui appartiendrait que s'il n'y a pas d'autres enfants : c'est la mère en effet qui, en ce cas, aurait comme tutrice cette administration que l'on ne saurait sans grave inconvénient partager entre elle et le curateur. Les intérêts de l'enfant sont d'ailleurs en ce cas sauvegardés par la présence du subrogé-tuteur. Le curateur doit donc se borner, s'il y a déjà des enfants, à l'exercice de sa première mission relative à la personne même de l'enfant à naître. Dans le cas contraire, il a le droit de prendre toutes les mesures nécessaires.

Certains auteurs ont pensé que dans le cas qui nous occupe, celui où il n'y a pas d'enfant vivant né du mariage, il pouvait y avoir lieu de nommer au mineur un repré-

1. Magnin, t. I, n° 592-599 ; de Fréminville, t. I, n° 62 ; Aubry et Rau, § 136, note 5.

sentant légal pour l'exercice de ses droits ou pour l'accomplissement des actes consentis qui seraient nécessaires. La mère pourrait être par anticipation appelée à jouer le rôle de tutrice, et le curateur celui de subrogé-tuteur ¹.

C'est là une théorie inadmissible : la mère n'est pas tutrice, et en l'absence de tutelle, il ne peut y avoir non plus de subrogée-tutelle : c'est le curateur qui aura donc l'exercice des droits de l'enfant ; et à défaut de texte précis, la tradition a toujours été en ce sens ². Quant à la mère, elle n'aura jusqu'à la naissance de l'enfant aucun droit par rapport aux biens qu'il doit recueillir : tout ce qu'elle pourra faire, ce sera d'attirer l'attention du curateur sur telle mesure qu'il lui paraîtra utile de prendre ; et, si elle a lieu de le soupçonner de négligence, de convoquer le conseil de famille pour l'appeler à décider.

Nous avons dit que le curateur a l'administration provisoire ; il lui appartiendra donc de prendre les mesures urgentes.

Il a été jugé pourtant qu'il ne pourrait pas requérir l'apposition des scellés ³. Nous ne saurions approuver cette décision : l'apposition des scellés est en effet une mesure purement conservatoire. Nous pensons aussi qu'on devra reconnaître au curateur le droit de défendre à une action en partage, mais non pas celui de l'intenter.

D. — *Convol de la mère tutrice.* — La quatrième et dernière différence entre la tutelle légitime de la mère et celle du père est relative au cas de convol. La loi a soumis la

1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 592.

2. Nouveau Denisart, t. V, v° *Curatelle*, § 8, n°s 1 et 2. « Le curateur au ventre a l'administration des biens. »

3. Besançon, 14 mai 1810 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 130).

mère à certaines mesures pour le cas où elle viendrait à se remarier. Si la mère néglige de prendre ces mesures, elle perd de plein droit la tutelle. Il n'en est pas de même pour le père qui se remarierait. Mais ce n'est pas ici que nous nous proposons de traiter cette question ; nous consacrons en effet un chapitre spécial à la mère remariée.

Si la tutelle de la mère n'est pas régie exactement par les mêmes règles que la tutelle du père, elle n'est pas non plus soumise aux conditions de la tutelle ordinaire.

Le Code, au Titre de la Minorité, consacre à la tutelle légitime des père et mère une série de dispositions spéciales que nous avons à étudier.

En droit commun, les mineurs ne peuvent être tuteurs. Il n'y a rien là que de fort logique. Comment, en effet, un mineur, qui a lui-même besoin de direction, de protection, offrirait-il les qualités qui sont requises chez un tuteur ? Comment administrerait-il la fortune d'autrui alors qu'on le juge incapable de veiller à ses propres intérêts ? Comment pourrait-il élever d'autres enfants quand lui-même a besoin d'être élevé, conduit, gouverné ?

La loi a pourtant admis une exception pour les père et mère mineurs. (Art. 442-1^o.) Ils ont l'exercice de la puissance paternelle ; il était naturel de leur accorder aussi celui de la puissance tutélaire ; la tendresse paternelle subviendra là où l'expérience pourrait faire défaut.

De ce que les père et mère mineurs peuvent être tuteurs, il ne s'ensuit pas d'ailleurs qu'ils aient à cet égard les mêmes droits et les mêmes pouvoirs qu'après leur majorité. Comme nous venons de le dire, il est en effet inadmissible qu'une personne puisse avoir, sans aucune

assistance, le droit d'accomplir un acte ou des actes qu'elle ne pourrait accomplir pour elle-même.

Il faut donc poser ce principe que la mère émancipée par le mariage (et il en est de même du père mineur) ne pourra faire que les actes pour lesquels l'assistance de son curateur ne lui serait pas nécessaire à elle-même et qu'elle devra, au contraire, être assistée par ce curateur, s'il s'agit d'un acte rentrant dans la catégorie de ceux pour lesquels la loi a prescrit cette assistance au mineur émancipé ¹.

Le principe est facile à poser ; il est moins aisé à appliquer. En effet, un mineur émancipé n'a besoin, en ce qui le concerne personnellement, que de l'assistance de son curateur : cette assistance est pour lui suffisante en même temps que nécessaire. La mère mineure exerçant la tutelle n'a pas affaire seulement à son curateur, mais aussi au subrogé-tuteur : lequel des deux devra l'assister ?

C'est le subrogé-tuteur, a-t-on dit, qui doit assister la mère ; et nous serions disposé à nous rallier à ce système, s'il s'appuyait sur un texte de loi ; mais nous ne voyons aucune disposition légale donner ce droit au subrogé-tuteur. Il est certain, comme le font remarquer avec raison MM. Aubry et Rau ², que les intérêts qu'il faut sauvegarder sont ceux du pupille et non pas ceux de la tutrice mineure.

Mais pourquoi faut-il sauvegarder ici d'une manière particulière les intérêts du pupille ? Précisément parce que le tuteur, étant mineur, n'a pas la capacité du majeur ; or, avec l'assistance de son curateur il reprend cette capacité, et il n'est plus besoin dès lors de mesures spéciales de protection pour le pupille. Il faut donc que la

1. Art. 482, 483 et 484.

2. § 99, note 1.

tutrice ne procède qu'avec une capacité pleine et entière aux actes relatifs à la tutelle rentrant dans la catégorie de ceux qu'énumèrent les art. 482-484; en d'autres termes, il faut qu'elle soit habilitée par l'assistance du curateur.

Peut-être eût-il mieux valu que la loi conférât ce droit d'assistance au subrogé-tuteur plus au courant que le curateur des intérêts du mineur; mais la loi ne l'ayant pas fait, on ne peut lui attribuer ce droit ni lui imposer les obligations qui en résultent.

MM. Aubry et Rau, après avoir professé d'abord que c'est l'assistance de son curateur qui est nécessaire à la tutrice mineure, se sont ensuite ralliés au système que nous combattons; ces mêmes auteurs font remarquer pourtant, à propos d'un cas analogue, qu'il faut se garder de donner à la mission du subrogé-tuteur une extension qu'elle ne comporte pas naturellement¹. Ici aussi on donnerait à la mission du subrogé-tuteur une extension que la loi n'a pas prévue en lui conférant le droit d'assister la mère tutrice. Quelle est en effet la mission du subrogé-tuteur? C'est d'agir dans le cas où les intérêts du pupille se trouveraient en opposition avec les intérêts du tuteur, mais nullement d'assister et d'habiliter un tuteur incapable, comme l'est la mère mineure.

Nous repoussons donc le système qui attribue au subrogé-tuteur la mission d'assister la mère tutrice pour l'habiliter.

Nous repoussons également celui qu'a présenté M. Blœchel, suivant lequel il faudrait nommer, pour les actes dont il s'agit, *un tuteur ad hoc*².

Ce serait en effet enlever à la mère, dans la plupart des

1. § 436, note 5.

2. Blœchel, § 2.

cas, son droit de tutrice, et c'est ce que nous ne pouvons admettre. La mère est tutrice ; elle doit avoir l'exercice de tous les droits de la tutelle ; quand il y a lieu à suppléer à la capacité qui lui manque, on doit recourir au moyen ordinaire établi par la loi : l'assistance de son curateur ¹.

Quant aux actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est exigée, c'est évidemment celle du conseil de famille du pupille qu'il faut requérir.

Il nous reste à passer en revue toute une série de prescriptions légales relatives à la tutelle des père et mère. Nous n'avons pas d'ailleurs à insister longuement à cet égard, puisque sur ce dernier point, comme d'ailleurs sur celui que nous venons de traiter, la tutelle de la mère ne diffère en rien de celle du père.

Les père et mère usufruitiers légaux sont dispensés de l'obligation de vendre les meubles dont est tenu le tuteur ordinaire, qui ne peut les conserver que sur l'autorisation du conseil de famille. Il était juste en effet de permettre aux père et mère usufruitiers de conserver en nature l'usufruit des meubles de leurs enfants. Seulement, pour que ces meubles ne disparaissent pas la loi a astreint les père et mère à les faire estimer à leurs frais, et à rendre à la fin de la tutelle la valeur estimative de ceux qu'ils ne pourraient représenter en nature ².

Les autres dispositions spéciales à la tutelle des père et mère sont celles des art. 454 et 570 C. civ.

1. En ce sens : MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 490 bis, II ; Marcadé, sur l'art. 442, I ; Locré, sur même article ; Zachariæ, § 99, note 14 ; Laurent, t. IV, n° 375. — *Contrà* : Delvincourt, t. I, p. 289 ; Duranton, t. III, n° 502 ; Duvergier, sur Toullier, t. I, n° 1161, note a ; Toullier, t. II, n° 49 ; Demolombe, t. VII, n° 465 ; Aubry et Rau, § 99, note 1.

2. Notons pour mémoire que la question de savoir si les meubles peuvent être rendus complètement détériorés est discutée. Voir sur la question, Proudhon, de l'Usufruit, t. V, n° 2642 ; Valette, sur Proudhon, t. II,

L'art. 454 porte que dans toute tutelle autre que celle des père et mère le conseil de famille doit régler la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle des mineurs.

La loi est précise et formelle à cet égard ; elle dit en toutes lettres que cette disposition ne s'applique pas à la tutelle des père et mère.

Le deuxième alinéa du même article porte que c'est encore le conseil de famille qui décidera si le tuteur pourra ou non se faire aider par des administrateurs salariés. Mais dans cette seconde partie de l'article ne figure plus la même exception pour la tutelle des père et mère. On s'est demandé s'il faut la suppléer par extension du paragraphe 1^{er}.

La même question s'est élevée par rapport aux art. 455 et 456. L'art. 455 donne au conseil de famille le droit de fixer la somme à partir de laquelle le tuteur devra faire dans les six mois emploi des fonds par lui touchés, faute duquel emploi l'art. 456 met à sa charge les intérêts de toutes les sommes perçues, quelque modiques qu'elles puissent être. Ces articles ne font pas non plus de réserves pour le cas de la tutelle des père et mère. Faut-il admettre cette exception comme pour le § 1^{er} de l'art. 454 ?

A première vue, dans le silence de la loi, il semble bien que les dispositions du § 2 de l'art. 454 et des art. 455 et 456 doivent s'appliquer aux père mère comme aux autres tuteurs, puisque quand la loi a voulu les dispenser d'une obligation, elle s'est expliquée en termes exprès, comme au § 1^{er} de l'art. 454.

La difficulté naît des termes de l'art. suivant, qui porte : « le tuteur, même le père ou la mère... » (Art. 457.) On pourrait en induire que les dispositions précédentes ne leur sont pas applicables ¹.

Nous n'en persistons pas moins à penser qu'en l'absence d'une réserve expresse formulée par la loi on ne saurait admettre une telle exception en ce qui concerne les art. 455 et 456. Elle constituerait pour les père et mère une faveur considérable qu'un texte seul pourrait justifier ².

Mais, en ce qui concerne le § 2 de l'art. 454, nous pensons, au contraire, que l'on peut et que l'on doit admettre l'exception. Les deux parties de l'article ne font en effet qu'un seul tout ; c'est ce qui résulte clairement des termes du second paragraphe lui-même « le même acte », porte ce paragraphe : par conséquent s'il n'y a pas dans la tutelle des père et mère d'acte du conseil de famille pour régler la dépense de l'enfant, il n'y en aura pas non plus pour autoriser l'adjonction d'administrateurs salariés ³.

Parmi les auteurs qui vont jusqu'à étendre l'exception aux art. 455 et 456, il en est qui distinguent et qui ne l'appliquent qu'aux père et mère jouissant de l'usufruit légal ; d'autres, au contraire, repoussent toute distinction.

Quant à nous, nous admettons cette distinction, non pas en ce qui concerne les dispositions des art. 455 et 456, puisque ces articles ne contiennent selon nous aucune exception pour les père et mère ; mais en ce qui concerne

1. Demolombe, t. III, n° 626 et suiv. ; Marcadé, t. II, art. 454, I ; Duranton, t. III, n° 561.

2. M. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 213 bis, VII ; Laurent, t. V, n° 39. — *Sic* : Bordeaux, 5 août 1884 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 473).

3. *Contrà* : Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaires*, t. I, n° 658.

le § 2 de l'article 434. En effet, le § 1^{er}, en exceptant les père et mère de la disposition qui oblige le tuteur à vendre les meubles qu'il n'est pas autorisé par le conseil de famille à conserver en nature, a spécifié que cette exemption ne s'appliquait qu'aux père et mère usufruitiers ; cette réserve ne doit donc pas être faite dans les autres cas, pour lesquels la loi est restée muette ¹.

L'art. 470 indique une autre différence entre la tutelle ordinaire et celle des père et mère ; il dispense les père et mère de remettre des états de situation au subrogé-tuteur.

A notre avis, cette disposition ne s'applique qu'aux père et mère investis de la tutelle légitime, et non pas à la mère nommée par le conseil de famille : en effet, la tutelle conférée par le conseil de famille serait une tutelle dativeret la règle de l'art. 470 ne comporte pas, en ce cas, d'exception.

Malgré la dispense dont bénéficient les père et mère tuteurs légitimes, on admet qu'ils pourraient être exceptionnellement astreints à fournir des états de situation, mais non pas d'une manière régulière : ce ne serait que dans le cas où il s'agirait d'une affaire spéciale pour laquelle le consentement du conseil de famille serait exigé et où ce conseil, avant d'accorder l'autorisation demandée voudrait être mis au courant de la situation de la fortune de l'enfant.

On s'est demandé si l'art. 451, qui prescrit la confection d'un inventaire dans les dix jours de la nomination du tuteur dûment connue de lui ; est applicable aux père et mère ; on l'admet généralement, de même qu'on admet que le tuteur légal devra, comme tout autre tuteur, déclarer dans l'inventaire ce qui lui est dû à peine de déchéance

1. Demolombe, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit. cont.* ; Marcadé, sur l'art. 456, I.

de sa créance. — Nous ferons observer seulement que cette disposition ne paraît pas devoir s'appliquer à la mère veuve qui n'aurait pas déclaré la créance résultant de sa dot et de ses reprises matrimoniales. Le danger auquel la loi a voulu parer n'existe pas en effet dans ce cas : on ne peut craindre la dissimulation d'un paiement anticipé. Il n'a pu y avoir de paiement, puisqu'il n'y avait même pas de dette, cette dette n'ayant pris naissance qu'à la mort du mari et par conséquent à l'ouverture de la tutelle ¹.

Passons aux excuses, aux causes d'incapacité et d'exclusion du tuteur.

Les excuses peuvent être invoquées aussi bien par les tuteurs légitimes que par tous autres. Nous ferons observer seulement que la mère ne pourra jamais invoquer que les excuses des art. 433 et 434, les autres excuses n'étant admises qu'à raison de fonctions exclusivement réservées aux hommes.

On a pourtant soutenu que l'excuse fondée sur l'âge (art. 433) ne pouvait être invoquée par les tuteurs légaux, et que par conséquent la mère ne pourrait s'en prévaloir. On s'appuie sur le mot *nommé* qui figure dans l'article et duquel on conclut que la disposition ne s'étend pas aux tuteurs qui ne sont pas *nommés*.

Nous ne partageons pas cette manière de voir : nous ne voyons pas en effet de motif de distinction. Fût-il tuteur légitime, un vieillard peut n'avoir plus l'énergie nécessaire pour assumer une semblable charge. Bien plus, un tuteur datif n'est nommé qu'en connaissance de cause, tandis que le tuteur légitime n'étant pas choisi par le conseil, mais désigné par la loi, pourrait se trouver tout à fait impropre à la gestion de la tutelle. Ajoutons que l'art. 434,

1. Magnin, t. I, n° 639 ; Demolombe, t. VII, n° 562.

qui prévoit l'excuse pour cause d'*infirmités*, parle aussi de *nomination* du tuteur : pourrait-on cependant aller jusqu'à refuser au tuteur légitime le bénéfice de cette excuse ? La mère n'aura d'ailleurs pas besoin, la plupart du temps, d'invoquer l'art. 433 pour décliner la charge de tutelle, puisque, comme nous l'avons vu, elle peut, en vertu de l'art. 294, la refuser sans avoir besoin de faire valoir aucune excuse. Mais nous devons rappeler que, selon nous, cette faculté ne lui appartient que si elle n'a pas encore accepté ; elle pourra, au cas où elle aurait accepté la tutelle, avoir intérêt à invoquer ensuite l'art. 433 pour s'en faire décharger.

De même que les causes d'excuses, les causes d'exclusion et de destitution s'appliquent à la tutelle légale¹ ; il ne peut y avoir de doute sur ce point ; si c'est en effet la mère qui se rend coupable d'inconduite notoire ou d'infidélité dans sa gestion, sa qualité de mère ne saurait diminuer en rien ses torts : elle les aggrave au contraire. De même l'incapacité d'un tuteur légal est tout autant nuisible aux intérêts d'un mineur que l'incapacité d'un tuteur datif.

Quelque simple que paraisse cette question, qui ne semble pas pouvoir soulever de difficultés, les tribunaux n'en ont pas moins été souvent appelés à se prononcer sur le point de savoir si ces causes d'exclusion s'appliquaient au tuteur légitime.

Ils ont, d'ailleurs, uniformément décidé qu'en cas d'inconduite notoire la mère devait perdre la tutelle. De même ils ont admis que la mauvaise administration de la

1. Le Code pénal, art. 34-4^e, revenant sur la disposition de l'art. 443 Code civil, permet aux père et mère frappés de dégradation civique de conserver la tutelle de leurs enfants, mais seulement avec l'avis conforme du conseil de famille. Signalons une controverse sur le point de savoir si cette disposition de l'art. 34 C. pén. s'applique à l'aïeul.

sonne de l'enfant devait amener la destitution de la tutrice.

On pouvait objecter cependant, sur ce dernier point, que la mère bien qu'exclue de la tutelle continue, sauf l'application de la loi du 24 juillet 1889, à conserver la garde de l'enfant en vertu de son droit de puissance paternelle.

La réponse est précisément dans cette considération, tirée non seulement de la nouvelle loi, mais même de l'application que faisait déjà la jurisprudence des principes du Code civil. Les tribunaux ont le droit de modifier l'exercice de la puissance paternelle lorsqu'elle appartient à un parent indigne de l'exercer : la mère exclue, en même temps qu'elle perdra la tutelle, pourra, si l'intérêt du mineur l'exige, perdre aussi le droit de garde et d'éducation ¹.

Nous aurons à nous demander plus tard si les tribunaux pourraient, en dehors des cas d'application de la loi de 1889, se montrer aussi rigoureux pour la mère qui n'a pas été exclue de la tutelle, mais qui s'en trouve déchue par suite de son second mariage.

Avant de passer à l'examen de la situation que fait à la mère un nouveau mariage, nous avons encore à parler de la tutelle déférée par les père et mère, c'est-à-dire du droit appartenant au dernier mourant des père et mère de nommer à leurs enfants un tuteur. C'est dans le chapitre consacré à la mère tutrice que nous croyons devoir placer l'examen de cette question. Comme nous allons le voir, en effet, ce droit n'appartient, croyons-nous, qu'au

¹ Toulouse, 25 novembre 1830 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 363-3°); Toulouse, 18 mai 1832 (Dalloz, *eod. verb.*, n° 363-5°); Riom, 4 fructidor an XII (Dalloz, *Minorité*, n° 337); Bordeaux, 6 août 1845 (Dalloz, 1847, 4, 486-6°); Req., 15 mars 1864 (Dalloz, 1864, 1, 301).

survivant des père et mère qui serait tuteur au moment du décès.

Art. 397. — « Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère. »

Quel est le motif qui a déterminé le législateur à accorder cette faculté aux père et mère ?

Le tribun Leroy s'exprimait ainsi à cet égard devant le Corps législatif : « Celui des parents que la mort vient arracher au fils dont il était le seul appui sentira des regrets moins déchirants, s'il lui laisse un ami du choix de son cœur ; il meurt et sa tendresse vivra encore près de cet enfant que la nature abandonne. » « Il était tout naturel, ajoutait le tribun Huguet, en donnant la tutelle de droit aux père et mère, de leur conférer aussi le droit de choisir, d'élire un tuteur à leurs enfants, c'était une suite de cette première confiance que leur donne la loi. »

Le droit de nommer à ses enfants un tuteur est un droit purement personnel, et qui en conséquence appartient à la mère survivante sans qu'elle eût besoin de l'assistance de son conseil. Elle peut en effet n'avoir pas toute la capacité nécessaire à la gestion de la tutelle et avoir cependant celle de choisir un bon tuteur aux enfants qu'elle laisse orphelins.

Le droit de nommer un tuteur testamentaire appartient au dernier mourant des père et mère, porte l'art. 397. Les termes de la loi sont tellement précis à cet égard que l'on comprend difficilement qu'il se soit élevé et s'élève encore des controverses sur ce point.

Tout le monde est d'accord que la mère exclue ou destituée de la tutelle perd le droit de nommer un tuteur (arg. *a fortiori* des art. 445 et 399). La difficulté est rela-

tive au cas où la mère a été simplement excusée ou a refusé la tutelle en vertu de l'art. 394.

Deux questions se posent dans ces hypothèses. Première question : la mère pourrait-elle nommer alors un tuteur à ses enfants ? Si l'on répond par la négative, la seconde question est celle-ci : pourra-t-elle du moins en nommer un à sa mort ?

Et d'abord pourra-t-elle nommer un tuteur de son vivant, au cas où elle se fait excuser ou refuse la tutelle ? C'est l'avis de Malleville ¹ ; pourquoi, dit-on, ne pas lui reconnaître en ce cas le droit de nommer un tuteur, alors qu'on accorde ce droit à la mère mourante dont le choix risque d'être moins éclairé à raison de son âge, qui peut être à ce moment fort avancé.

En admettant que cette raison soit de nature à être prise en considération par les législateurs futurs, il n'en est pas moins certain que la théorie à laquelle elle sert de fondement est absolument incompatible avec le texte actuel de la loi. A qui l'art. 397 accorde-t-il ce droit ? Au *dernier mourant* des père et mère. D'autre part, l'art. 394 impose à la mère qui renonce à la tutelle l'obligation de *faire nommer* un tuteur : n'est-ce pas exclure pour elle le droit de nommer elle-même ce tuteur ?

Arrivons à la seconde question. La mère excusée pourra-t-elle du moins nommer un tuteur dans son testament ? Ce point soulève des difficultés plus sérieuses, et la doctrine ne compte pas moins de trois systèmes différents.

Un premier groupe de jurisconsultes accordent à la mère excusée ce droit de nommer un tuteur ² par tes-

1. Sur l'art. 397. — Cf. Favard, *Tutelle*, § 11, et Toullier, t. II, n° 1102. « L'expression *dernier mourant*, écrit Toullier, fait une difficulté qui arrête même de bons esprits. »

2. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 146 *bis*, II ; Duranton,

tament. La loi, disent-ils, ne distingue pas. De plus, de ce qu'elle enlève ce droit à la mère remariée non maintenue dans la tutelle, ne peut-on conclure que ce droit lui appartiendrait dans les autres cas où elle n'exercerait pas la tutelle ?

Nous ferons remarquer d'abord que si la loi donne à la mère le droit de désigner après elle un tuteur à ses enfants, c'est pour qu'ils ne restent pas sans protecteur; mais s'il y en a déjà un, la mesure n'a plus sa raison d'être. Quant à l'argument que l'on tire de l'art. 399, il ne peut, comme tous les arguments *a contrario*, avoir de valeur sérieuse que s'il est bien constaté que l'art. invoqué a pour objet de régir une exception, ce qui n'est pas notre cas.

Bien plus, cet article fournit même un argument *a fortiori* : si la mère qui n'a pas renoncé d'elle-même à la tutelle perd néanmoins le droit de nommer un tuteur, ne doit-il pas en être ainsi à plus forte raison de celle qui l'a expressément refusée ?

On fait remarquer encore à l'appui de ce système que la mort de la mère apporte de grands changements à la situation de l'enfant. Le tuteur va avoir la garde du mineur et l'administration d'une fortune qui peut être considérable, tandis que jusque-là elle pouvait ne pas exister, au cas par exemple où le père n'aurait pas laissé de biens. Nous répondrons qu'en ce cas la mère a eu tort de refuser la tutelle : elle ne pouvait, en effet, alléguer son incapacité, puisque l'administration n'était que peu de chose, eu égard à l'absence de fortune de l'enfant. C'est donc par négligence, ou même par insouciance qu'elle s'est dérobée à la charge de la tutelle : est-il injuste qu'elle

t. III, n° 438; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 598; Allemand, t. II, n° 4216; Rolland de Villargues, n° 55.

perde en ce cas la faveur que la loi lui accordait pour le cas où elle aurait accepté la tâche qui lui incombait? Quand la mère exerce la tutelle, elle transmet à un tuteur de son choix son propre droit, et celui-ci continue en quelque sorte la tutelle qu'elle a commencée. Que pourrait-elle transmettre si elle-même n'a pas la tutelle?

Ce n'est pas tout : au moment de la mort de la mère, il faudrait le plus souvent enlever la tutelle au tuteur datif qui est en exercice, pour la conférer au nouveau tuteur par elle choisi. Est-il bon de faire ainsi changer de mains la tutelle? Et la loi n'a-t-elle pas toujours pris grand soin de l'éviter?

Cette considération a frappé, comme nous, un certain nombre d'auteurs ¹ qui, tout en accordant à la mère non-tutrice le droit de nommer un tuteur testamentaire, le lui refusent cependant dans le cas où, à ce moment, il y aurait déjà un tuteur datif en exercice.

Cette distinction ne remédie qu'au dernier inconvénient que nous avons signalé; tous nos autres arguments restent debout.

Elle est d'ailleurs contraire au texte de l'art. 424, qui prescrit au subrogé-tuteur de faire nommer un tuteur toutes les fois qu'il y a vacance; c'est donc au conseil de famille et non pas à la mère qu'il appartient de pourvoir au remplacement du tuteur.

Nous pensons donc qu'il faut décider que le droit de désigner un tuteur n'appartient à la mère dernière mourante que dans les cas où elle est tutrice ².

1. Taulier, t. II, p. 20; Chardon, *Puissance tutélaire*, t. III, n° 38.

2. Demolombe, t. VII, n°s 161-163; Delvincourt, t. I, p. 105, note 2; de Fréminville, t. I, n°s 74 et 75; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 293; Marcadé, sur l'art. 397; Aubry et Rau, § 100, note 6; Laurent, t. IV, n° 396.

Si nous ne le lui accordons que dans ce cas, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu à distinguer si elle exerce la tutelle comme tutrice légale ou comme tutrice nommée par le conseil de famille. On pourrait cependant faire remarquer que, dans ce dernier cas, elle ne tient plus son droit de la loi mais bien du conseil de famille, d'où suivrait qu'elle ne peut le transmettre et que ce serait encore au conseil de famille qu'il appartiendrait de nommer un nouveau tuteur quand la tutelle conférée par lui à la mère prendrait fin.

Nous pouvons faire remarquer cependant que, du moment que la mère a l'exercice de la tutelle, l'enfant après elle reste sans protecteur. C'est pourquoi la loi voit avec faveur la tutelle testamentaire comme la tutelle légitime. Nous croyons donc que la mère pourrait, dans ce cas, transmettre à un tuteur de son choix l'administration de la charge qu'elle exerçait elle-même¹.

M. Laurent, qui refuse à la mère tutrice dative le droit de nommer après elle un tuteur à ses enfants, considère d'autre part la mère remariée et maintenue dans la tutelle conformément à l'art. 395, comme tutrice dative; on pourrait tirer contre son refus un argument *a fortiori* de l'art. 400 qui accorde à la mère ainsi maintenue dans la tutelle le droit de nommer un tuteur : peu importe que le droit soit soumis pour elle à certaines conditions; s'il lui est accordé, à plus forte raison doit-il l'être dans un cas où il n'y a pas à craindre une influence étrangère.

1. En ce sens : Demolombe, t. VII, n° 464; de Fréminville, t. I, n° 76. — *Contra* : Marcadé, sur l'art. 397, I; Laurent, t. IV, n° 398.

CHAPITRE II

CONDITION DE LA MÈRE VEUVE REMARIÉE

La mère survivante a sur ses enfants des droits dérivant de la puissance paternelle et d'autres droits dérivant de la tutelle. Quelles sont les déchéances qui peuvent résulter pour la mère, par rapport à ces droits, du fait de son convol à de nouvelles noces?

La mère qui se remarie perd de plein droit l'usufruit qu'elle avait sur les biens de ses enfants, excepté toutefois son droit à des aliments en cas de besoin ¹.

L'art. 386 dispose en effet que « la jouissance légale « cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second « mariage ».

Le père qui convole à de nouvelles noces continue, au contraire, à jouir des biens de ses enfants. Comment expliquer, sinon justifier cette différence?

Dans l'ancien droit, la coutume de Paris (art. 268) faisait cesser la garde noble et la garde bourgeoise aussi bien au cas de convol du père qu'au cas de convol de la mère. Pourquoi s'est-on écarté de cette disposition, en distinguant entre les deux époux?

¹. Colmar, 5 janvier 1810 (Sirey, 1812, 2, 392). — Voir aussi Vazeille, t. II, n° 496.

Cette distinction fut proposée au Conseil d'État par Cambacérès. « Le père, en se mariant, disait-il, demeure le
« chef de la famille, tandis que la mère, par son second
« mariage, passe dans une famille nouvelle : ne serait-il
« pas injuste qu'elle portât dans une autre famille les
« revenus de ses enfants du premier lit et qu'elle enrichît
« leur préjudice à son nouvel époux ¹ ? »

« Il y aurait inconvenance, ajoutait Réal, à établir en
« principe que la mère peut porter dans une autre famille
« les revenus des enfants du premier lit et enrichir ainsi
« à leur préjudice son époux ². »

On peut, d'un autre côté, faire remarquer que, sous presque tous les régimes matrimoniaux, le mari a l'administration des biens de la femme : c'est lui qui perçoit les revenus de ces biens, et l'on a craint que le second mari ne détournât ces revenus de leur emploi naturel, qui comprend nécessairement l'éducation des enfants du premier lit, et ne les employât soit à son profit personnel, soit au profit exclusif de ses propres enfants.

Une seconde déchéance frappe la mère qui se remarie : elle ne conserve pas de plein droit la tutelle, et la loi lui impose certaines formalités dont l'inaccomplissement entraîne pour elle la déchéance de la tutelle : il faut en outre, pour qu'elle la conserve, que le conseil de famille l'y maintienne. C'est ce qu'édicté l'art. 395 : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la

1. Séance du Conseil d'État du 8 vendémiaire an XI, n° 23 ; Locré, t. III, p. 322.

2. Locré, *Exposé des motifs de la loi sur la puissance paternelle*, t. VII, p. 65.

tutelle de plein droit et son nouveau mari sera solidai-
rement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle
aura indûment conservée. »

Comme on le voit, le père conserve de plein droit l'exer-
cice de la tutelle malgré son second mariage, tandis que
la mère doit se soumettre à des prescriptions rigoureuses.
Le motif de cette différence est toujours dans la même
crainte : celle de l'influence du second mari.

C'est au conseil de famille convoqué par la mère qu'il
appartient d'examiner si ce second époux offre les garan-
ties de moralité nécessaires pour qu'on puisse lui confier
les fonctions de tuteur.

Le projet du Code civil assimilait sur ce point le con-
vol du père au convol de la mère ; le père était, comme
la mère, obligé de convoquer le conseil de famille avant
son second mariage, et cette disposition fut appuyée par
Tronchet. Mais elle fut combattue par Bigot-Préameneu,
dont l'avis finit par l'emporter.

Tronchet s'exprimait ainsi : « Un second mariage peut
« faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'af-
« fection de la mère, et il est des circonstances où ce doute
« se convertit en certitude : tel serait le cas où un homme
« opulent épouserait sa servante. » Bigot-Préameneu fai-
sait de son côté valoir les arguments suivants : « Le père, en
« se remariant, disait-il, devient le chef de la nouvelle fa-
« mille ; il reste le maître de ses affaires ; c'est lui qui, de
« fait et de droit, continue à gérer la tutelle, tandis que la
« mère qui convole en secondes noces tombe sous la puis-
« sance du second mari ; c'est celui-ci qui de fait admi-
« nistrerait les biens des enfants et prendrait soin de leur

1. Séance du Conseil d'État du 22 vendémiaire an XI; Loqué, t. III,
p. 386.

« personne¹. » Ce sont ces observations de Bigot-Prémeneu qui firent, comme nous venons de le dire, adopter la rédaction actuelle.

Elles ne répondaient pas d'ailleurs à la remarque de Tronchet sur le défaut d'affection que manifestent à l'égard de leurs enfants les père et mère qui se remarient.

On n'a cependant pas été jusqu'à enlever de plein droit à la mère qui se remarie la tutelle de ses enfants : c'eût été une disposition non seulement blessante pour la mère et pour son nouvel époux, mais souvent nuisible aux intérêts des mineurs eux-mêmes, qui auraient perdu la protection de la personne qui leur est toujours la plus dévouée : on s'est arrêté à une décision mixte, appelant le conseil de famille à examiner si la tutelle doit ou non être conservée à la mère remariée.

L'art. 395 prévoit trois cas que nous devons examiner successivement.

Le premier est le cas où la mère serait déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille au cas de son second mariage. Puis vient le cas où elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle, et enfin celui où la tutelle lui aurait été, au contraire, conservée. Nous parlerons de chacun de ces trois cas, puis nous examinerons dans un dernier paragraphe les effets que produiraient, à l'égard de la tutelle de la mère, l'annulation ou la dissolution de son second mariage.

§ I

MÈRE REMARIÉE ET DÉCHUE DE LA TUTELLE LÉGALE POUR N'AVOIR PAS CONVOQUÉ LE
CONSEIL DE FAMILLE AVANT SON SECOND MARIAGE

La mère qui n'a pas rempli les prescriptions de l'art. 395 est déchue de plein droit de la tutelle. Mais elle con-

tinue en fait à l'exercer, d'où suit que l'hypothèque légale continue à grever ses biens. La question a pourtant fait doute. La mère, a-t-on dit, n'est plus tutrice, puisque la loi déclare qu'elle cesse de plein droit de l'être. Or, l'hypothèque légale des mineurs ne saurait grever les biens d'une personne qui n'est pas tutrice ¹.

On peut répondre avec Grenier ² « que la tutelle, pour « être indûment conservée, n'en est pas moins une tutelle, « et l'on ne concevrait pas qu'une tutelle qui se continue « ou se conserve cessât d'avoir le caractère de l'hypothèque légale avec lequel elle a commencé ».

La loi elle-même parle de la tutelle que la mère « aura indûment conservée ». C'est dire qu'elle continue d'être tutrice puisqu'elle conserve la tutelle; elle ne la conserve qu'indûment c'est vrai, et contrairement à la loi; mais elle la conserve dans la réalité des faits. Ajoutons que le système que nous combattons enlève au mineur une garantie que la loi a considérée comme indispensable même au cas où le tuteur est légalement reconnu et offre par suite toutes garanties : à plus forte raison le mineur doit-il être protégé contre une tutelle que la loi réprouve à raison du peu de confiance que lui inspire la tutrice. Le fait seul qu'elle n'a pas convoqué le conseil de famille dépose contre elle, car elle n'eût certainement pas hésité à le faire si elle avait pensé que le conseil de famille n'aurait pas de justes raisons de lui enlever la tutelle : elle a essayé de se passer d'un avis qu'elle prévoyait devoir lui être défavorable. Ne pas la laisser soumise en ce cas à l'hypothèque légale, c'est infliger au mineur la perte d'un

1. Laurent, t. IV, n° 390, t. XXX, n° 264; Duranton, t. XIX, n° 312; Delvincourt, t. I, p. 475.

2. *Traité des hypothèques*, t. I, n° 280.

droit à raison d'une circonstance dont on ne saurait cependant le rendre responsable, et c'est, au contraire, relever d'une incapacité la mère qui s'est soustraite à l'accomplissement des obligations que lui imposait la loi ¹.

Nous aurons à examiner ultérieurement si les biens du nouvel époux de la mère doivent être également grevés de l'hypothèque légale du mineur.

La mère déchue de la tutelle en conformité de l'art. 395 n'a plus le droit d'accomplir les actes de la tutelle. Si néanmoins elle en accomplit, ces actes pourront être déclarés nuls dans l'intérêt du mineur.

Faisons remarquer cependant qu'ils pourraient encore être opposés au mineur par application soit des principes relatifs à la gestion d'affaires, soit de l'action de *in rem verso* s'il en a tiré profit.

Les tiers auraient-ils le droit de demander la nullité de ces actes? Nous ne le pensons pas : par cela seul qu'ils ont traité avec la mère, ils lui ont reconnu la qualité de tutrice qui, en droit, ne lui appartenait plus et par conséquent ils doivent subir les conséquences de leur imprudence.

Nous pensons même que la nullité pourrait être demandée contre les tiers, alors même qu'ils seraient de bonne foi. On a soutenu pourtant la négative ². Nous ne saurions nous y rallier ³.

1. Demolombe, t. VIII, n° 424; Troplong, t. II, n° 426; Marcadé, sur l'art. 395, n° 4; Flandrin, *Traité des hypothèques*; Magnin, *des Minorités*, t. I^{er}, p. 457; de Fréminville, *de la Minorité*, t. I^{er}, n° 51; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 289, note 6; Pont, *des Privilèges et hypothèques*, n° 500; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 444 bis, I. — *Adde* : Req., 15 décembre 1825 (Sirey, 26, 1, 298); Colmar, 23 juin 1832 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 438).

2. Demolombe, t. VII, n° 421; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 446 bis, I. — *Adde* : Turin, 25 juin 1810 (Sirey, 1812, 2, 417).

3. En ce sens : Aubry et Rau, § 99 bis, note 43; Laurent, t. IV, n° 391.

Le mariage est, en effet, par excellence, un acte entouré de publicité, et les tiers ne devaient pas ignorer le second mariage de la mère; ils devaient donc, ce fait connu, s'enquérir si elle avait conservé ou non la tutelle; et d'autre part, nul n'étant censé ignorer la loi, ils devaient savoir que la mère remariée sans avoir convoqué le conseil de famille perdait de plein droit la tutelle. Ils devaient donc refuser de traiter avec elle, tant qu'ils n'avaient pas connaissance de la décision du conseil de famille la maintenant dans la tutelle. De même les débiteurs du mineur devaient refuser de s'acquitter entre les mains de la mère ainsi remariée, sous peine d'avoir à payer une seconde fois (sauf toujours le cas où ils prouveraient que le mineur a tiré profit du premier paiement, art. 12).

Nous admettrons cependant un cas où les actes passés par la mère ne pourraient être l'objet d'une annulation : c'est lorsque ces actes sont de ceux pour lesquels est exigée l'autorisation du conseil de famille, et que cette autorisation a été donnée. Dans ce cas en effet le tiers a dû croire que la mère était maintenue dans la tutelle et il n'a à s'imputer aucune négligence.

Si la mère déchue de la tutelle n'a plus les droits que lui confère cette charge, elle n'en continue pas moins d'être tenue des obligations qui en résultaient pour elle. C'est ainsi qu'elle devra toujours procéder aux actes conservatoires, et que, faute de ce faire, elle serait responsable des suites de sa négligence. Elle est en faute, en effet, de n'avoir pas provoqué la nomination d'un autre tuteur, et c'est sur elle que doivent retomber les conséquences de cette faute ¹.

1. Limoges, 17 juillet 1822 (Sirey, 1822, 2, 295).

Il nous reste à examiner la situation du second mari de la mère qui n'a pas convoqué le conseil de famille.

« Son nouveau mari, porte l'art. 395, sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle. » Lorsque la mère remariée est maintenue dans la tutelle, on lui donne le mari pour cotuteur.

Lorsqu'elle n'a pas convoqué le conseil de famille, le mari est cotuteur de fait, et il est, avec elle, responsable de toutes les suites de la tutelle. Elle n'est pas seule coupable en effet ; son second mari l'est aussi, car c'est à lui qu'il appartenait de conseiller à celle qui allait être sa femme de se soumettre à la loi ; il devait même l'y contraindre au besoin. Il n'est donc que juste de lui faire supporter les conséquences de sa faute. Eût-il été admissible qu'il fût moins rigoureusement traité que dans le cas où la mère aurait été maintenue dans la tutelle, et où il serait par conséquent cotuteur de droit, et par suite responsable solidairement avec elle ? D'ailleurs, en fait, n'est-ce pas lui qui administrera les biens du mineur ? Quoi de plus naturel que de faire peser sur lui la responsabilité de cette administration.

Le mari cotuteur de fait est responsable, c'est la loi elle-même qui le déclare : mais quelle est au juste l'étendue de cette responsabilité ? La question fait difficulté.

Doit-il être considéré comme responsable même des suites de la tutelle antérieure au mariage, ou seulement de la tutelle conservée ensuite par la mère ?

C'est à cette dernière solution que nous croyons devoir nous rallier, tout en reconnaissant que la question est des plus délicates.

On tire contre l'opinion que nous adoptons un sérieux argument de la différence qui existe entre la rédaction

de l'art. 395 et celle de l'art. 396. L'art. 396, relatif à la tutelle conservée par le conseil à la mère remariée, rend le second mari responsable avec sa femme de la gestion *postérieure* au mariage. L'art. 395, au contraire, le rend responsable de toutes les suites de la tutelle, sans ajouter « *postérieure au mariage* ».

On ajoute : telle a dû être en effet la solution adoptée par le législateur ; c'était celle de l'ancien droit ¹, qui se fonde lui-même sur les décisions des lois romaines ².

Il n'est pas douteux que telle ait été la solution anciennement admise. La question est de savoir si elle a été admise également par le législateur actuel. Pour la trancher, on s'est reporté aux travaux préparatoires ; mais la rédaction de cet article a subi tant de changements, qu'il est bien difficile d'en suivre exactement toutes les transformations. Il semble bien cependant résulter des travaux préparatoires que les législateurs de 1804 n'ont voulu rendre le second mari responsable que de la tutelle postérieure au mariage. En tout cas, nous ne pouvons comprendre comment la Cour de Dijon a pu affirmer au contraire « qu'il résulte à *l'évidence* de la discussion au Conseil d'État que le mari est responsable de la gestion tant antérieure que postérieure au mariage ³ ».

Si nous nous reportons en effet aux travaux préparatoires, nous y voyons que la première rédaction de l'art. 395

1. Domat, *Lois civiles*, 1^{re} partie, liv. 2, titre I, sect. 3, n° 46; Ferrières, *des Tutelles*, 1^{re} partie, sect. 3, n° 116; Pothier, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, section 1, art. 3.

2. Loi 6, Code, *In quibus caus. pign.*

3. Dijon, 16 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146).

était conçue en ces termes : « Son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion, à compter de l'acte du mariage ¹. »

Sur la proposition de Berlier, le Conseil d'État substitua à cette première rédaction la rédaction suivante : « Le mari sera responsable de l'indue gestion, qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage ². » Mais l'art. 396 conservait sa rédaction primitive, qui ne différait pas de la rédaction définitivement adoptée. Comment arguer dès lors de la différence de rédaction entre les deux articles pour rendre le second mari responsable de la gestion antérieure, puisque cette différence existait déjà alors que le projet de l'art. 395 déclarait en termes [exprès que le second mari ne serait pas responsable de cette gestion antérieure.

Quant à l'argument que l'on veut tirer de l'ancien droit, il tombe aussi devant cette constatation que le premier projet de l'art. 395 ne suivait pas l'ancienne théorie. Et cette modification s'expliquait.

L'ancien droit se montrait bien plus sévère que le Code pour la mère qui n'avait pas convoqué le conseil de famille et pour son second mari. Non seulement en effet elle était déchue de la tutelle, mais elle perdait même le droit de succéder à ses enfants ³. Le Code s'est départi de cette rigueur extrême envers la mère : il était naturel qu'il se montrât aussi moins sévère envers le second mari.

Mais pourquoi la disposition limitant expressément la responsabilité du mari à la tutelle postérieure a-t-elle disparu de la rédaction définitive ?

1. Fenet, t. X, p. 572.

2. Fenet, t. X, pp. 596 et 597.

3. Ferrières, 1^{re} part., acte 3, n° 115.

C'est par suite d'une observation du Tribunal qui fit remarquer qu'il paraissait résulter du texte de l'article que le mari ne serait tenu que de l'indue gestion, tandis qu'il fallait le rendre responsable aussi du défaut de gestion. Il proposa la rédaction suivante : « Le nouveau mari sera responsable avec elle depuis le nouveau mariage. » Le Conseil d'État fit droit à cette observation du Tribunal ; mais en adoptant la nouvelle rédaction, il y substitua aux mots « depuis le nouveau mariage », les mots « de la tutelle indûment conservée ». Pourquoi ? On ne sait. Rien dans la discussion ne révèle les motifs de cette substitution ; en tous cas, il n'en résulte nullement qu'on ait voulu revenir à l'ancienne théorie. Au contraire, le Conseil d'État s'est conformé au vœu du Tribunal, puisqu'il a spécifié dans l'article *toutes les suites* de la tutelle, ce qui comprend, comme le voulait le Tribunal, aussi bien le défaut de gestion que la mauvaise gestion.

Quant aux mots *indûment conservée*, ils ne peuvent s'appliquer qu'à la seule tutelle postérieure au mariage, puisque celle-là seule est indue¹.

Nous avons dit que le nouvel époux était responsable solidairement avec la mère. Le mineur lésé pourra donc à son gré agir pour le tout, soit contre sa mère, soit

1. En ce sens : Demolombe, t. VII, n° 427; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I^{er}, sur l'art. 393; Valette, Explication sommaire du livre I^{er}, Code Napoléon, pp. 231 et 232. Cet auteur avait professé d'abord l'opinion contraire. Valette, sur Proudhon, t. II, p. 290, obs. 7. — *Addé* : Laurent, t. IV, n° 389; Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 457, note 3. *Contrà* : Locré, t. VII, p. 401; Cochin (*Mémoires*, vol. II, p. 502); Blœchel, § 41; Grenier, *des Hypothèques*, t. I^{er}, n° 280; Duvergier, sur Toullier, t. II, n° 1098, note 6; Aubry et Rau, § 99 bis, note 26. — *Junge* : Poitiers, 28 décembre 1824 (Dalloz, 1825, 2, 94); Caen, 22 mars 1860 (Sirey 1860, 2, 610); Cass., 12 août 1828 (Sirey, 1829, 4, 42); Dijon, 16 juin 1862 (Sirey, 1862, 2, 686).

M. Demante, qui incline vers l'opinion contraire à la nôtre (t. II, n° 144 bis IV), donne la question comme des plus controversables.

contre son beau-père : mais est-ce à dire que celui contre lequel il aurait agi devra seul supporter en définitive cette dette ? Non ; les règles de la solidarité (art. 1213) sont en contradiction avec cette solution qui serait d'ailleurs injuste . C'est le mari qui, en fait, administrera les biens du mineur : faut-il que la femme seule subisse les conséquences de la mauvaise gestion de son mari ? Quelle soit tenue, puisqu'elle est tutrice, rien de plus naturel ; mais il est juste que le mari soit aussi tenu pour moitié . Si le mineur s'est fait payer par la mère , celle-ci aura donc un recours pour moitié contre son mari . Ce recours peut être d'ailleurs illusoire au cas d'insolvabilité de celui-ci : de même le mari aurait seul à supporter le fardeau de la dette si c'était sa femme qui était insolvable .

Comment sera garantie la créance du mineur contre le mari ? Le sera-t-elle par l'hypothèque légale sur les biens de celui-ci, comme nous l'avons décidé pour la mère non maintenue dans la tutelle ?

La question est controversée et elle se rattache à celle que nous venons de traiter .

La majorité des auteurs qui admettent que le mari est tenu de toutes les suites de la tutelle, même antérieures au mariage, refusent cependant au mineur l'hypothèque légale pour les créances qu'il pourrait avoir contre son beau-père du chef de cette gestion antérieure de la mère . Jusqu'au mariage en effet le mari n'était tuteur, ni en droit ni en fait, et l'hypothèque légale ne peut grever que les biens des tuteurs .

Cette première difficulté disparaît avec la solution que nous avons adoptée et qui écarte la responsabilité du mari pour la gestion antérieure au mariage . Quant à la respon-

sabilité postérieure, nous avons admis que le mari est tuteur de fait et par conséquent ses biens sont grevés de l'hypothèque légale. Il suffit d'ailleurs de faire remarquer que si la mère avait été régulièrement maintenue dans la tutelle, l'hypothèque légale pèserait sur les biens de son mari cotuteur, et il serait inadmissible de faire subir au mineur les conséquences de la faute qu'ont commise la mère et son époux, en ne se conformant pas aux prescriptions de la loi.

Faisons observer en passant que l'hypothèque légale du mineur sur les biens du second mari ne garantit que les créances du mineur lui-même, et que la mère qui, ayant acquitté seule la totalité de cette dette solidaire voudrait recourir pour moitié contre son mari, ne pourrait invoquer le bénéfice de cette hypothèque légale.

Quelles sont, en ce qui concerne l'organisation de la tutelle, les suites de la déchéance encourue par la mère pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille? Elles sont réglées par l'art. 395. C'est à ce conseil qu'il appartient de nommer un autre tuteur.

Le Tribunal de la Seine avait jugé pourtant qu'en ce cas la tutelle serait déférée à l'ascendant le plus proche, mais sa décision fut cassée avec beaucoup de raison, par la Cour d'appel ¹. C'était en effet aller contre le texte même de la loi qui n'appelle les ascendants à la tutelle qu'après la mort des père et mère.

Le conseil de famille pourrait-il renommer la mère malgré la déchéance qu'elle a encourue? Cette question doit être résolue affirmativement.

1. Paris, 24 juin 1856 (Daloz, 1857, 2, 10).— *Adde* : Montpellier, 13 juin 1866 (Daloz, 1868, 2, 162).

Le premier projet portait que si la mère s'était remariée sans convoquer le conseil de famille, la tutelle ne pouvait lui être conservée ¹.

Cette disposition a été retranchée dans la rédaction définitive : il en résulte donc que la mère pourrait être renommée tutrice, mais en ce cas, cette tutelle ne serait plus la tutelle légale, mais une tutelle dative.

On pourrait cependant soutenir que l'art. 445 s'oppose à ce que la mère puisse être renommée tutrice ; mais il suffit de faire remarquer que cet article ne vise que les cas d'exclusion ou de destitution, tandis que dans celui qui nous occupe, la mère n'est ni exclue, ni destituée de la tutelle ; elle en est simplement déchue.

Il peut se faire que ce ne soit pas par dol que la mère se soit abstenue de convoquer le conseil de famille : il n'y a eu peut-être de sa part qu'une pure négligence, ou bien la convocation a été tardive et n'a eu lieu qu'après le mariage ; dans ces divers cas, il était bon de laisser au conseil de famille le droit de rendre la tutelle à une mère dévouée qui serait en même temps un tuteur intelligent.

Il faut décider que la mère ainsi renommée tutrice par le conseil de famille ne pourrait plus invoquer l'art. 394 pour refuser la tutelle. Elle a en effet renoncé au bénéfice que lui conférait cet article en acceptant la tutelle au moment de son veuvage. Il ne faut pas d'ailleurs que la faute qu'elle a commise en ne convoquant pas le conseil de famille puisse tourner à son avantage en lui conférant de nouveau le bénéfice de l'art. 394 ².

1. Fenet, t. X, p. 572.

2. *Vide supra*, p.

On s'est demandé si en la renommant tutrice, le conseil devait nécessairement adjoindre à la mère son second mari comme co tuteur. La négative a été enseignée¹. Nous pensons, quant à nous, qu'il vaut mieux étendre à ce cas de la mère renommée tutrice après la déchéance encourue, la disposition relative à la mère à laquelle a été conservée la tutelle, disposition qui veut que son mari lui soit donné comme cotuteur. L'intérêt du mineur est le même dans les deux cas ; il a droit dans l'un comme dans l'autre à la même protection ; et même, d'un autre côté, il serait tout au moins étrange, comme nous l'avons déjà dit, de faire au second mari, lorsqu'il a été en quelque sorte le complice de la faute commise par la mère, une situation plus avantageuse que dans le cas où il n'a aucun tort à s'imputer.

Nous avons admis que l'hypothèque légale du mineur qui grève les biens de la mère continuait à exister après la déchéance par elle encourue ; il s'ensuit que si la mère vient à être renommée tutrice, il n'y aura pas de lacune dans cette hypothèque légale. Nous pensons par contre que la décision du conseil de famille rendant la tutelle à la mère ne validera pas les actes qu'elle a pu accomplir depuis son mariage², et par conséquent depuis la déchéance encourue. La nomination ne peut avoir un effet rétroactif. Les tiers agiront donc sagement en passant avec la mère de nouveaux actes.

Remarquons que tout ce que nous avons dit jusqu'ici de la mère tutrice qui se remarie s'appliquerait au cas où la mère divorcée et remariée viendrait à se trouver appelée

1. Marcadé, sur l'art. 442, I.

2. Nîmes, 49 prairial an XIII.

à la tutelle par suite de la mort de son premier mari ¹.

La mère déchue de la tutelle perd le droit de nommer un tuteur testamentaire : ce n'est là d'ailleurs que l'application d'une règle plus générale que nous avons déjà rappelée et suivant laquelle celui qui n'exerce pas la tutelle en peut la transmettre à un tuteur de son choix.

On a invoqué une seconde raison pour le cas qui nous occupe. Cette raison est tirée de la défiance que le conseil de famille a témoignée au mari en ne maintenant pas la mère dans la tutelle : or, dit-on, le tuteur que la mère nommerait à ses enfants serait très probablement ce second mari lui-même, ou tout au moins une personne dont il aurait inspiré la désignation.

Ce motif ne nous paraît pas suffisant pour expliquer la disposition de la loi ; il eût été facile, en effet, de subordonner au contrôle du conseil de famille le droit qu'on aurait laissé à la mère de nommer un tuteur à ses enfants. La raison que nous avons indiquée nous paraît au contraire décisive.

§ II

MÈRE REMARIÉE APRÈS AVOIR CONVOQUÉ LE CONSEIL DE FAMILLE, ET MAINTENUE DANS LA TUTELLE

Le conseil de famille convoqué par les soins de la mère décide si la tutelle doit ou non lui être conservée. Il a à cet égard le plus large pouvoir d'appréciation, mais il ne devra en user qu'avec prudence et sagesse ; il ne devra

1. Paris, 4 décembre 1807 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 116).

enlever la tutelle à la mère que s'il est convaincu que la continuation de cette tutelle aurait pour les enfants de fâcheux effets ¹.

La mère ainsi maintenue dans la tutelle continuerait-elle à exercer la tutelle légale, ou est-ce, au contraire, une tutelle dative qui commence ? Selon nous, c'est la tutelle légale qui se continue. L'art. 395 porte en effet : « Le conseil décidera si la tutelle doit lui être *conservée*. » Quelle tutelle ? Celle qu'elle exerçait et qui était la tutelle légale ; c'est donc cette tutelle qui sera conservée à la mère. Le conseil de famille ne fait que maintenir la mère dans la tutelle, il ne la nomme pas tutrice ; elle n'est donc pas tutrice dative.

Nous avons adopté une décision inverse pour le cas où la mère qui n'aurait pas convoqué le conseil de famille serait cependant rappelée à la tutelle : mais ce cas est tout différent. Dans cette hypothèse, la mère a déjà perdu la tutelle, et par conséquent c'est une autre tutelle que le conseil lui confère. Au contraire, dans le cas qui nous occupe, la mère n'a pas perdu la tutelle, elle l'exerce toujours ; seulement le conseil de famille pourrait la lui enlever ; s'il ne le fait pas, elle conserve la tutelle qu'elle exerçait, c'est-à-dire la tutelle légale.

Cette question a son importance. Il résulte en effet de la solution à laquelle nous croyons devoir nous rallier que le conseil de famille ne pourrait pas imposer à la mère des conditions d'administration.

Nous sommes en effet de ceux qui n'admettent pas que le conseil de famille puisse restreindre les droits du tuteur. Nous concevons à la rigueur qu'on le soutienne par rap-

1. Agen, 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

port à la tutelle dative en faisant remarquer que « qui peut le plus peut le moins » et que celui qui nomme un tuteur doit avoir le droit de lui imposer des conditions. Mais on ne saurait en aucun cas l'admettre en ce qui concerne la tutelle légale dans laquelle le tuteur ne tient pas ses droits du conseil de famille, mais de la loi. Mais nous allons plus loin, et alors même qu'il s'agirait du tuteur datif, nous pensons que le conseil de famille ne saurait toucher à ses droits. La tutelle est d'ordre public : le législateur lui a donné l'organisation qu'il a jugée la plus propre à sauvegarder les intérêts des mineurs ; un seul article permet de déroger aux règles qu'il a tracées, c'est l'art. 391¹, qui permet au père de nommer un conseil à la mère tutrice, et cette exception ne fait que confirmer la règle. La loi a réglé avec le soin le plus minutieux les attributions respectives du tuteur et ceux du conseil de famille : permettre à celui-ci de modifier celles du tuteur, ce serait l'autoriser à sortir des attributions et du rôle que lui a conféré la loi².

A plus forte raison, le conseil de famille ne pourrait-il enlever à la mère les droits qui résultent pour elle de la puissance paternelle, droits qu'elle conserverait même alors qu'elle n'exercerait pas la tutelle.

Que si la mère prenait en fait l'engagement de se soumettre aux conditions que lui impose le conseil de famille, un tel engagement serait purement moral.

1. Voir aussi art. 507 relatif à la tutelle de l'interdit conférée à sa femme.

2. La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire. Cass., 20 juillet 1842 (Sirey, 1842, 1, 587); Limoges, 28 février 1846 (Sirey, 1846, 2, 358). — Voir aussi l'arrêt d'Agen précité.

On peut citer comme exemple les cas où le conseil n'aurait maintenu la mère dans la tutelle que sous la condition de réserver certains droits à l'aïeul paternel, de conduire l'enfant chez cet aïeul à telles ou telles époques, de le consulter sur l'éducation à donner au mineur : dans ces divers cas, la mère n'en conserverait pas moins la direction de l'éducation de son enfant. Une telle clause serait regardée comme non écrite et la tutelle ne pourrait être enlevée à la mère sous prétexte qu'elle ne se serait pas conformée aux conditions qu'on lui aurait ainsi imposées¹.

Si le conseil de famille ne peut, comme nous venons de le voir, imposer à la mère et à son second mari aucune condition relative au mode d'éducation du mineur et à l'administration de son patrimoine, nous admettons cependant qu'il pourrait prescrire l'accomplissement des obligations imposées aux tuteurs par les art. 454 et 470 C. civ. Il est vrai que ces art. ne s'appliquent pas à la tutelle légale des père et mère, et que nous avons établi que la mère maintenue dans la tutelle après avoir convoqué le conseil de famille continue à exercer la tutelle légale.

Nous ne croyons cependant pas nous montrer inconséquent : il y a en effet ici, à côté de la tutelle de la mère, celle du mari qui est loin d'inspirer à la loi la même confiance que la tutelle de la mère, qui est d'ailleurs une tutelle dative à laquelle s'appliquent les art. 454 et 470².

Le conseil de famille qui maintient la mère dans la tu-

1. Req., 5 mars (Dalloz, 1855, 1, 342).

2. Grenoble, 21 juin 185 (Dalloz, 1856, 2, 277) ; Cass., 5 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 242).

telle doit nécessairement, aux termes de l'art. 395, lui adjoindre le second mari comme cotuteur ; il s'ensuit que si ce mari est incapable pour une raison quelconque d'exercer la tutelle, la mère ne pourra non plus continuer à l'exercer ¹, et que, par conséquent, si le mari venait à se faire excuser ou à être destitué de la tutelle, celle de sa femme cessera en même temps que la sienne.

Nous ferons exception pour le cas où le mari viendrait à être interdit, et nous pensons que dans cette hypothèse la mère pourrait conserver la tutelle. On ne peut plus craindre en effet que le mari veuille encore se mêler de l'administration des biens des mineurs : il faut ici s'inspirer non de la lettre, mais de l'esprit de la loi.

Lorsque la mère remariée est maintenue dans la tutelle, le mineur se trouve avec deux tuteurs, sa mère et le nouvel époux de celle-ci, qui est nécessairement cotuteur ; c'est le seul cas où la loi permette l'existence d'une double tutelle. Elle l'a interdite dans tout autre cas à raison des difficultés qui pourraient naître, des conflits qui pourraient se produire entre les tuteurs : ces difficultés seront nécessairement moins fréquentes quand il s'agira de deux époux, mais on peut encore les prévoir. Qui des deux gérera la tutelle ?

Le mari seul répondent certains auteurs ², pourvu qu'il soit marié sous un régime qui lui confère l'administration des biens de la femme.

Nous répondrons que le patrimoine de la femme est distinct du patrimoine du mineur ; le droit d'administration du mari sur les biens de la femme ne lui confère pas

1. Bruxelles, 18 juillet 1810 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 364).

2. De Fréminville, t. 1^{er}, n° 174 ; Chardon, *Puissance tutélaire*, nos 21 et 22 ; Magnin, t. 1^{er}, n° 458-461.

le droit d'administrer les biens du mineur ; ce dernier droit appartient au second époux non comme mari, mais comme cotuteur ; il le partage avec sa femme. La mère est en effet maintenue dans la tutelle ; elle conserve donc tous les droits que lui confère cette tutelle. Pourquoi le mari seul serait-il admis à les exercer ? Nous ne contestons pas qu'il faille lui reconnaître le droit d'agir puisqu'il est cotuteur, mais ce droit ne doit pas appartenir à lui seul, pas plus que la tutelle n'appartient à lui seul. Il serait illogique de refuser à la mère le droit d'agir elle aussi, alors qu'aux termes de la loi elle continue à être responsable. (Art. 396.)

Il faut donc admettre que les deux époux doivent gérer ensemble ; mais nous ne saurions admettre non plus, comme l'a décidé, à tort selon nous, la Cour de Bruxelles¹, que la mère seule doit agir avec l'autorisation de son mari. Le mari est cotuteur et, par conséquent, il a lui aussi le droit d'agir et de gérer.

« Il résulte clairement des art. 391, 400 et 402, porte
« l'arrêt dont nous combattons la doctrine, que la tutelle
« légale déferée de plein droit à la mère est la principale
« et même la seule tutelle ; tandis que le beau-père des
« enfants mineurs du premier lit n'y est que simplement
« adjoint et que cette adjonction n'est qu'une suite néces-
« saire de l'autorité que la loi accorde au mari sur sa
« femme, vu que celle-ci ne pourrait, sans l'autorisation
« du mari, faire les actes de tutelle ; qu'aussi dans ce cas
« le mari ne peut être considéré comme un tuteur prin-
« cipal ou second tuteur conjointement avec sa femme ;
« mais au contraire uniquement comme un tuteur adjoint

1. Bruxelles, 27 avril 1826 (Dalloz, v° *Minorité*, n° 102).

« à sa femme, pour lui donner les autorisations dont elle « a besoin pour gérer la tutelle. » Cette thèse nous semble tout à fait contraire aux termes et à l'esprit de la loi qui, par cela même qu'elle déclare le second mari cotuteur, lui confère le droit d'agir concurremment avec la mère tutrice.

Les actes de gestion de la tutelle doivent donc être signés par les deux époux. Si un conflit venait à s'élever entre eux, c'est le conseil de famille qui serait appelé à le trancher ¹. De même les actions des tiers contre le mineur doivent être dirigées contre le mari et la femme conjointement ².

MM. Aubry et Rau ³ pensent que si un acte a été passé par l'un des époux seulement sans l'adhésion de l'autre époux, mais aussi sans opposition de sa part, il sera valable. Ce serait sacrifier les droits de la mère : en fait, le mari agirait toujours sans la consulter et la femme aurait à supporter la responsabilité des actes passés par son mari seul.

Nous avons vu que le père peut nommer à sa veuve tutrice *un conseil*. (Art. 391.) Ce conseil continue-t-il à fonctionner après le second mariage de la mère en supposant bien entendu qu'elle soit maintenue dans la tutelle?

Un auteur ⁴ a émis l'avis que les fonctions du conseil cesseraient en ce cas : la mère n'a plus, dit-il, besoin de ce guide, puisqu'elle en a un autre dans la personne de son second mari, qui partage avec elle la tutelle. Non seulement il serait désormais inutile, mais il pourrait

1. Demolombe, t. VII, n° 136; Aubry et Rau, § 99 bis, note 40. — *Addé*: Angers, 13 frimaire an XIV (Sirey, 7, 2, 1243).

2. Grenoble, 17 août 1831.

3. § 99 bis, note 40.

4. Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 10.

encore occasionner des conflits qu'il est préférable d'éviter. Il ajoute que le conseil de famille, en maintenant la mère dans la tutelle, lui a reconnu la capacité nécessaire pour la gérer.

Il faut répondre que la loi ne distingue pas ; elle n'a pas fait cesser la mission du conseil au cas de convol de la mère. Il est possible qu'il en résulte parfois des conflits, mais il y a là une sauvegarde pour les intérêts du mineur, et l'on pourra d'ailleurs avoir plus souvent recours au conseil de famille pour trancher les différends qui pourraient s'élever.

La mère tutrice a, comme nous l'avons rappelé, le droit de nommer un tuteur à son enfant par acte de dernière volonté, et nous lui avons reconnu ce droit sans distinguer si elle exerce la tutelle légale ou dative. Si donc le législateur avait gardé le silence, nous aurions été nécessairement conduits à décider que la mère remariée aurait le droit de nommer ainsi un tuteur à son enfant, puisqu'elle conserve la tutelle, et même d'après nous la tutelle légale. Mais la loi a prévu ce cas, et sans priver absolument la mère du droit de nommer à son enfant un tuteur par acte de dernière volonté, elle a soumis l'exercice de ce droit à certaines conditions : « Lorsque la mère remariée maintenue dans la tutelle aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille », porte l'art. 409.

Il faut remarquer pourtant que cette nomination ainsi faite par la mère et agréée par le conseil de famille aura un effet important, celui d'écarter la tutelle légitime des ascendants : ce que n'aurait pu faire le conseil de famille.

Quel est le motif de la prescription de la loi qui exige la

confirmation du choix de la mère par le conseil de famille ? Elle s'est défiée de l'influence que pourrait exercer sur la mère son second mari, et c'est pourquoi elle l'a soumise au contrôle du conseil de famille.

On a donné une autre raison : on dit que la mère remariée ne pouvant être maintenue dans la tutelle que si le conseil de famille la lui conservait, il était logique de soumettre également au conseil de famille la nomination que la mère pouvait faire d'un tuteur à son enfant. Nous ne saurions admettre cette explication : elle aboutirait à dire que si l'on reconnaît à la mère tutrice dative le droit de nommer à son enfant un tuteur testamentaire, cette nomination devrait être soumise au contrôle du conseil de famille, et c'est là une thèse que nous ne saurions admettre.

L'intervention du conseil de famille au cas de second mariage n'est motivée que par la défiance qu'inspire à la loi le second mari, et c'est là seulement qu'il faut chercher l'explication de la disposition qui nous occupe.

§ III

MÈRE REMARIÉE NON MAINTENUE DANS LA TUTELLE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

Nous avons dit que le conseil de famille pouvait conserver la tutelle à la mère remariée ou la lui enlever. S'il la lui enlève, il peut le faire sans avoir à donner des motifs de sa décision ; l'art. 447, qui exige que les délibérations du conseil de famille soient motivées, ne doit pas s'appliquer ici ; il ne vise en effet que le cas de destitution ou d'exclusion : or, ici il ne s'agit, au cas prévu par l'art. 395, ni de destitution ni d'exclusion.

Le conseil de famille ne peut enlever à la mère que l'exercice de la tutelle : il ne peut lui enlever l'exercice de la

puissance paternelle; elle tient en effet cette autorité de sa qualité de mère que son second mariage ne lui a pas fait perdre. *Aliud est tutela, aliud educatio*. La loi a considéré cependant qu'il était nécessaire au cas de second mariage d'apporter certaines modifications à l'exercice des droits de puissance paternelle : ces modifications sont plus profondes à l'égard de la mère qui se remarie qu'à l'égard du père. Le législateur a pensé en effet que le mari étant le chef de l'association conjugale; l'existence d'une marâtre ne pouvait guère avoir d'influence sur l'éducation des enfants d'un premier lit. Elle a cependant modifié dans une certaine mesure en ce cas le droit de correction du père. La mère au contraire, par suite d'un second mariage, passe sous la puissance de son nouveau mari, et la loi a craint que ce mari n'exerçât sur elle une influence fâcheuse par rapport aux enfants du premier mariage. Il n'a cependant pas paru nécessaire d'enlever à la mère remariée la puissance paternelle; on s'est contenté d'apporter quelques restrictions à l'exercice des droits qui découlent de cette puissance.

C'est ainsi que la mère, au cas de convol, perd tout droit de correction; le législateur a pensé qu'en fait ce ne serait plus elle qui exercerait ce droit, mais bien son mari; et il n'a pas voulu que les enfants puissent être victimes de l'aversion d'un beau-père.

Il est à noter que si la mère avait été maintenue dans la tutelle ou renommée tutrice par le conseil de famille, elle pourrait, avec l'autorisation de ce conseil, requérir la détention du mineur et que ce droit appartiendrait même au second mari comme cotuteur (art. 468).

A la différence de la mère, le père qui se remarie ne perd pas absolument le droit de faire détenir ses enfants

coupables, seulement il ne peut plus l'exercer que par voie de réquisition, quel que soit l'âge de l'enfant. Bien que l'influence d'une marâtre ait paru moins à craindre que celle d'un parâtre, on a pensé que cette influence pourrait cependant inspirer au père des mesures excessives et injustes : c'est pourquoi la loi a soumis l'exercice du droit du père au contrôle de la justice.

La mère qui se remarie et n'est pas maintenue dans la tutelle perd le droit de nommer à ses enfants un tuteur après elle. Cette disposition de l'art. 399 n'est d'ailleurs que l'application du principe général que nous avons reconnu, et qui veut que nulle personne ne puisse nommer un tuteur si elle n'exerce elle-même la tutelle.

Certains auteurs¹ ont pensé que le droit de nommer un tuteur devait être reconnu à la mère qui, lorsqu'elle s'est mariée, n'était pas tutrice par suite d'un refus antérieur. Ils font remarquer que la mère déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille au cas de second mariage ne perd ce droit de nommer un tuteur que par suite de la faute qu'elle a commise. Que si, ajoutent-ils, elle a convoqué le conseil de famille et que celui-ci ne lui a pas conservé la tutelle, il y a là une application défavorable qui explique également la perte de son droit. Si au contraire elle n'était pas tutrice au moment de son second mariage, elle n'a aucune faute à se reprocher, et on ne peut lui opposer aucune appréciation défavorable du conseil.

Nous répondrons que si le droit de nommer un tuteur n'appartient pas dans ce cas à la mère, c'est uniquement parce que, comme nous venons de le dire, pour pouvoir

1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I^{er}, n° 598.

nommer un tuteur il faut exercer soi-même la tutelle, et la mère ne l'a plus dans notre cas. Il n'y a donc pas de raison de distinguer.

En dehors des déchéances que nous venons d'indiquer, la mère conserve l'exercice de la puissance paternelle. La loi ne la lui ayant pas enlevée, elle conservera tous les droits que cette autorité lui confère, de même qu'elle restera soumise à toutes les obligations qu'elle lui impose.

C'est ainsi que c'est toujours à la mère que compète le droit d'éducation des enfants. Il faut remarquer d'ailleurs l'inconséquence de cette disposition rapprochée de celles qui enlèvent à la mère le droit de correction et l'usufruit légal. D'une part, comment, privée de ce droit, aura-t-elle le moyen de se faire obéir? Et, d'autre part, ne se trouvera-t-elle pas tenue de l'obligation d'élever ses enfants, sans recevoir en échange la récompense normale de cette obligation, à savoir : la jouissance légale qu'elle a perdue par suite de son convol? Quoi qu'il en soit, il faut s'incliner devant le texte de la loi.

De même qu'elle aura toujours le droit d'éducation, la mère aura la garde de l'enfant ; en vain ferait-on observer que le domicile du mineur doit être chez son tuteur ; ce n'est là que son domicile de droit ; quant à la résidence, elle sera nécessairement chez sa mère.

Nous venons de dire que la mère sera tenue d'élever ses enfants. Si elle s'est mariée sous un régime qui lui laisse la libre disposition de ses revenus, elle aura les ressources nécessaires pour pourvoir ainsi à l'entretien et à l'éducation de ses enfants. Mais sera-t-elle tenue de la même obligation quel que soit le régime qu'elle aura adopté en se mariant, et alors même qu'elle n'aurait la disposition de ses revenus ni en totalité ni en partie ? On pour-

raitse demander si, en ce cas, le mari ne pourrait pas s'opposer à ces dépenses qui diminuent d'autant les revenus auxquels il a droit. Il faut répondre que la dette de la femme étant une dette légale, le mari ne peut s'opposer à ce que cette dette soit acquittée, cette dette comme toutes les dettes du même genre pèse nécessairement sur les revenus, et elle doit être acquittée sur ceux que perçoit le mari, la mère n'ayant pas de revenus à sa disposition pour y faire face.

Il a été jugé en ce sens et avec raison que la dette d'entretenir et d'élever les enfants du premier lit était une dette qui pesait sur la nouvelle communauté, comme l'entretien même des enfants nés du second mariage ¹.

La mère n'aurait même pas besoin de demander l'autorisation du mari. Pourquoi en effet y aurait-il lieu de demander une autorisation qui doit être nécessairement accordée ? On peut prévoir cependant le cas où la mère se livrerait à des dépenses exagérées : en ce cas, il faudrait, selon nous, admettre que le mari pourrait s'adresser aux tribunaux pour faire fixer une somme que la mère ne pourrait dépasser.

On ne conteste pas en général ² qu'en principe la mère qui n'a pas la tutelle conserve cependant les droits de puissance paternelle ³. On discutait cependant avant la loi de 1889 sur le point de savoir si l'on ne pourrait pas lui enlever l'exercice de ce droit quand l'intérêt de l'enfant l'exigerait ; et, l'affirmative admise, on se demandait

1. Caen, 29 mars 1841 (Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 1104).

2. *Contrà* : Delvincourt, t. I, p. 125.

3. Telle était aussi la règle admise dans l'ancien droit. Arrêt 7 février 1752 ; Nouveau Denisart, v° *Education*, v° aussi *Garde-Noble*, § 12, n° 4. — *Addé* : Grenoble, 11 août 1853 (Dalloz, 1855, 2, 91).

à qui il faudrait accorder ce droit ? Au conseil de famille ou bien aux tribunaux ?

Nous pensons qu'en aucun cas ce droit ne pourrait être accordé au conseil de famille : tout ce que pourrait faire celui-ci, ce serait d'enlever à la mère la tutelle ; mais il ne peut lui ôter l'exercice des droits que lui confère sa qualité de mère. Quant aux tribunaux, même avant la loi de 1889, il fallait leur reconnaître un pouvoir de haute surveillance sur les père et mère, et dire qu'ils pourraient, au cas où il leur paraissait dangereux pour les mineurs d'habiter chez leur mère, enlever à celle-ci le droit de garde et aussi le droit d'éducation, pour les conférer au tuteur ou même à une tierce personne.

La loi de 1889, consacrant sur ce point la jurisprudence, a formellement reconnu ce droit aux tribunaux, et leur a concédé à cet égard le plus large pouvoir d'appréciation. Ils auront à examiner le genre de vie que mène la mère, sa réputation, comme aussi celle de son second mari. Ils ne devront d'ailleurs user de leur pouvoir qu'avec modération et ne priver la mère de la garde de ses enfants qu'autant qu'elle pourrait leur nuire. Le fait seul du mariage ne serait évidemment pas une cause suffisante.

La loi nouvelle n'a pas énuméré ce cas d'un second mariage parmi ceux dans lesquels elle confère aux tribunaux le pouvoir de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, et son silence sur ce cas, alors qu'elle énumère les autres, suffit pour exclure absolument toute possibilité de jugement de déchéance basé uniquement sur le fait d'un second mariage. Et l'on comprend de reste qu'il en soit ainsi : la mère peut ne s'être remariée que précisément pour sauvegarder les intérêts de ses enfants. Et alors même que ce ne serait

pas là le motif qui l'a poussée, elle peut rester encore le protecteur le plus dévoué de l'enfant, et la présence du second mari, que l'on a considéré comme nuisible à la bonne administration des biens de ses enfants, peut être au contraire absolument sans aucune influence dangereuse sur l'éducation des enfants du premier lit.

La mère non maintenue dans la tutelle aura toujours, par cela même qu'elle conserve la puissance paternelle, le droit de consentir au mariage, à l'adoption et à la tutelle officieuse de ses enfants. Delvincourt a pourtant soutenu que l'avis de la mère remariée ne peut en ce cas l'emporter sur celui de la famille, dans le cas surtout, ajoute-t-il, où elle n'a pas été maintenue dans la tutelle¹.

Constatons d'abord que la question de savoir si la mère a été ou non maintenue dans la tutelle est absolument étrangère au maintien de son droit de consentir au mariage, puisque le tuteur n'a jamais le droit de consentir au mariage de son pupille.

Delvincourt se fonde sur la suppression de quelques mots qui figuraient dans la rédaction première de l'art. 149. Cette rédaction était ainsi conçue : « Si l'un des deux parents est mort ou dans l'impossibilité de manifester son consentement, le consentement de l'autre suffit, encore qu'il ait contracté un second mariage. » Ces deux mots furent supprimés ; et c'est de cette suppression que Delvincourt conclut qu'un second mariage enlèverait le droit de consentir au mariage.

La vérité, si l'on se reporte aux travaux préparatoires, c'est que cette fin de l'article a été supprimée non pour lui substituer une disposition contraire, mais parce que cette

1. T. II, p. 59.

disposition fut considérée comme inutile et surabondante; elle n'était, en effet, que l'application de la règle générale ¹. Il est vrai que sur l'avis de Cambacérès l'examen de la question fut réservé pour le titre du divorce; mais ce titre est absolument muet sur ce point, et c'est la règle générale qu'il faut appliquer.

Delvincourt argumente, d'un autre côté, de l'art. 1398, qui permet au mineur d'arrêter ses conventions matrimoniales avec la seule assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour le mariage. «Comment, dit-il, la mère non-tutrice, qui ne peut autoriser le mineur à disposer de la somme la plus minime, pourrait-elle l'assister dans ses conventions matrimoniales et lui permettre de disposer des sommes les plus importantes?

C'est là un argument qui, s'il était admis, prouverait beaucoup trop. Si le droit de consentir au mariage n'appartient qu'à ceux qui peuvent autoriser le mineur à disposer de sa fortune, il faudrait enlever ce droit au père tuteur lui-même, puisqu'un tuteur ne peut pas faire des donations.

Revenons à la vérité des raisonnements : la loi a posé pour le mineur le principe : *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. Le mineur qui peut se marier peut donc faire lui-même ses conventions matrimoniales. Il doit pourtant être assisté. Par qui? Par les personnes qui ont droit de consentir au mariage. Ce droit d'assistance a été refusé par la loi au tuteur, et cela pour deux raisons. D'une part, on n'a pas voulu que le tuteur pût empêcher un mariage auquel il n'a pas le droit de consentir; or, les conventions matrimoniales sont la base du mariage.

1. Locré, *Législ. civile*, t. IV, pp. 313, 328 et 329.

D'autre part, on ne le sait que trop, le tuteur n'a que le droit d'agir au nom du mineur, mais sans celui de l'assister; or, ici c'est l'enfant lui-même qui agit, et il est en quelque sorte réputé majeur à l'égard de ces conventions.

C'est donc la mère qui aura le droit de consentir au mariage de ses enfants, l'absence de son consentement serait un obstacle à la célébration du mariage, alors même que la famille serait disposée à y consentir. C'est l'application des art. 149 et 150. La mère, ayant le droit de consentir au mariage, aura le droit d'assister le mineur dans ses conventions matrimoniales ¹, et même en ce cas, si ses intérêts sont contraires à ceux du mineur, l'art. 420 ne serait pas applicable ². Elle pourra aussi, avec le consentement de son second mari ou à son défaut avec celui de justice, constituer une dot à son enfant. En effet, si, comme nous l'avons vu plus haut, l'autorisation du mari n'est pas nécessaire pour les dépenses d'entretien, elle l'est au contraire quand il s'agit de doter l'enfant ou de lui fournir un établissement. Elle pourrait avec cette autorisation donner les biens dotaux, et si le mari lui refusait cette autorisation, elle pourrait demander celle de la justice; quitte dans ce cas à réserver au mari la jouissance des biens donnés. (Art. 555.) S'il s'agit des biens de communauté, elle ne pourrait en disposer qu'avec l'autorisation du mari et sauf récompense (art. 1426 et 1469.)

La mère, par cela même qu'elle a l'exercice de la puissance paternelle, peut mettre un terme à cette puissance par l'émancipation. Cette affirmation n'a rencontré que

1. Art. 1095 et 1398.

2. Cass., 22 février 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

peu de contradicteurs, et le droit d'émanciper son enfant est reconnu même à la mère exclue ou destituée de la tutelle; sauf la faculté, pour les tribunaux, de faire annuler une émancipation frauduleuse.

Cette opinion est tout à fait conforme au texte de la loi qui n'accorde au conseil de famille le droit d'émanciper le mineur que s'il est resté sans père ni mère¹. (Art. 478.)

On s'est demandé si la mère pouvait exercer ce droit d'émanciper son enfant sans l'autorisation de son second mari. Un parti important dans la doctrine se prononce pour la négative. « L'incapacité de la femme mariée, dit « Laurent, est générale, absolue, sauf les exceptions admises par la loi : elle ne peut faire aucun acte juridique « sans autorisation maritale, par la raison que son incapacité est fondée sur le respect et l'obéissance qu'elle « doit à son mari². » Cette opinion a pour elle en jurisprudence l'autorité d'un jugement du Tribunal de Rennes³.

Nous ne croyons pas devoir nous rallier à ce système. Si la femme a besoin, pour agir, de l'autorisation de son mari, c'est quand il s'agit d'un acte qui intéresserait à la fois le mari et la femme : c'est ainsi qu'elle ne pourrait s'obliger, ester en justice, engager ses biens ou son travail sans l'autorisation du mari qui est le chef de famille. En est-il de même lorsqu'il s'agit non des biens, non des intérêts communs, mais de la personne même de la femme ou de la mère, ou de celle des enfants? Il a été jugé que la mère pouvait, sans l'autorisation de son mari, reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage. Et le

1. En ce sens : Colmar, 17 juin 1807 (Sirey, 1815, 2, 164); Bruxelles, 6 mai 1808 (Sirey, 1809, 2, 56); Bordeaux, 14 juillet 1838 (Sirey, 1839, 2, 73).

2. Laurent, t. IV, n° 38, et t. V, n° 202.

3. Arrêt, 21 décembre 1840 (Daloz, v° *Minorité*, n° 774).

Tribunal de Charleroi, par un arrêt cassé, il est vrai, par la Cour de Bruxelles, a jugé que la femme séparée de corps n'avait pas besoin de cette autorisation pour changer de nationalité.

Il doit en être à bien plus forte raison ainsi lorsque la mère agit pour ses enfants du premier lit ; en ce cas, le mari ne peut s'opposer à ses actes ; elle est tenue à leur égard d'obligations de l'accomplissement desquelles il n'a pas le droit de la détourner. Elle est seule juge de l'opportunité de la mesure qu'elle prend, mesure qui ne peut porter à son mari aucun préjudice. Elle aura donc seule, selon nous, le droit d'émanciper son enfant sans distinguer si elle est tutrice ou si elle ne l'est pas.

Mais on se récrie : comment pourrait-elle mettre fin à la cotutelle de son mari sans même le consulter ?

La réponse est bien simple et bien naturelle. Si la mère n'a pas la tutelle et que le conseil de famille ait nommé un autre tuteur, à qui appartiendra le droit d'émanciper ? Au tuteur ? Non ! Ce droit ne pourra être exercé que par la mère. Eh bien ! Il en sera de même au cas où la mère sera tutrice et son mari cotuteur : la mère gardera seule l'exercice de la puissance paternelle, et c'est, par suite, elle seule qui pourra émanciper ; quant au cotuteur, il n'a que les droits que lui donne la tutelle, et ces droits devront s'éteindre avec elle. La mère aurait eu le droit de mettre fin par l'émancipation à la tutelle d'un tuteur quelconque : elle pourra de même mettre fin à la cotutelle de son second mari.

Notons enfin le droit qu'aurait la mère, même non maintenue dans la tutelle, d'accepter, en conformité de l'art. 935, une donation faite à son enfant mineur.

§ IV

EFFETS PRODUITS PAR L'ANNULATION OU LA DISSOLUTION DU SECOND MARIAGE,
OU PAR LA SÉPARATION DE CORPS DE LA MÈRE REMARIÉE

La dissolution ou l'annulation du second mariage produisent nécessairement des effets importants par rapport au rôle de la mère, puisque ces deux faits mettent fin à l'influence du second époux que la loi a redoutée pour l'enfant.

Il va de soi d'abord qu'au cas où la mère était tutrice, avec son second mari pour cotuteur, elle conserverait la tutelle, et elle exercerait dorénavant, dans toute leur étendue, les droits qu'elle lui conférait.

Mais si la mère n'a pas été maintenue dans la tutelle, pourrait-elle redemander la tutelle ?

Il faut répondre que la mère pourra être renommée par le conseil de famille, mais qu'elle ne rentre pas de plein droit dans la tutelle ¹. Le conseil de famille aurait donc le droit de repousser la demande de la mère, mais s'il considère la veuve comme redevenue par suite de son veuvage même apte à gérer la tutelle, et si surtout le tuteur en fonctions demande à être déchargé de sa tâche, le conseil de famille pourra aviser et prendre les mesures qui lui paraîtront le plus propres à sauvegarder les intérêts du mineur. Cette solution équitable a pour elle un argument de texte que l'on peut tirer par analogie de l'art. 431.

La dissolution ou l'annulation du second mariage produiraient-elles, en ce qui concerne la mère remariée, d'autres effets que ceux dont nous venons de nous occuper par rapport à la tutelle ? Rendraient-elles à la mère le

1. Le Code hollandais (art. 406) admet la réintégration de plein droit de la mère dans la tutelle.

droit de correction? La feraient-elles rentrer dans le droit de nommer à l'enfant un tuteur testamentaire? Feraient-elles enfin revivre la jouissance légale? Nous allons examiner successivement ces trois points.

Et d'abord la mère recouvrera-t-elle le droit de correction?

Non, répondent certains auteurs¹, ce droit est définitivement éteint.

C'est là une solution que nous ne pouvons, quant à nous, admettre. Pourquoi la loi a-t-elle enlevé à la mère remariée le droit de faire détenir ses enfants? C'est parce qu'elle a craint l'influence du second mari; elle a pensé qu'en fait ce ne serait pas toujours elle qui agirait, mais souvent le nouvel époux qui, influençant la mère, la déterminerait à provoquer cette mesure rigoureuse, alors que les torts imputés à l'enfant pouvaient n'être que des plus légers. Mais, une fois le second mariage dissous ou annulé, ces craintes ne peuvent plus exister : la mère est redevenue ce qu'elle était antérieurement, et ce que très probablement elle est toujours restée à l'égard de ses enfants.

Tels sont les motifs qui nous paraissent de nature à faire repousser la solution rigoureuse que nous combattons. Les arguments de texte que l'on invoque souvent à l'appui de notre opinion n'eussent pas en effet suffi à nous convaincre. Les mots employés par la loi : *mère remariée*, pourraient en effet aussi bien dire « la mère tant qu'elle n'est pas remariée » que « la mère qui n'est pas remariée ». Il nous suffit que le texte de la loi ne soit pas contraire à notre opinion, et c'est son esprit que nous invoquons.

1. Demolombe, t. VI, n^{os} 323 et 324; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n^o 556; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n^o 426 bis, IV; Massé et Vergé, t. I, p. 367.

Mais, disent encore nos adversaires, les suites du second mariage ne sont pas éteintes avec lui : la mère peut en avoir encore des enfants. A cela, nous répondrons que l'existence de ces enfants ne diminue en rien l'amour que la mère porte à ceux du premier lit comme à ceux du second. C'est le cas de répéter avec le poète :

Chacun en a sa part, et tous l'ont tout entier.

« Les enfants du premier lit, objecte cependant M. Demolombe, seront eux-mêmes moins respectueux, moins confiants et dès lors plus insoumis, plus difficiles à gouverner. » C'est là une considération que nous pouvons au contraire invoquer dans notre sens. En effet, plus les enfants seront insoumis, plus il conviendra de donner à la mère les moyens de se faire obéir.

Nous admettons donc que la mère remariée et redevenue veuve recouvre l'exercice du droit de correction ¹.

Nous adopterons une solution contraire quant à l'usufruit légal. Ici, en effet, nous sommes en présence d'un texte impératif : « La jouissance *cessera*, dit la loi, au cas de convol. » Aucun texte ne faisant renaître ce droit après la mort du second mari, il faut nécessairement décider que le droit est éteint pour toujours. Dire avec Taulier que l'usufruit ne cessera que « pendant la durée du mariage », c'est ajouter à la loi.

Mais, dit-on, les motifs qui ont fait admettre au cas de convol la cessation de l'usufruit n'existent plus après la dissolution de ce second mariage ; on ne peut plus dire que

1. En ce sens : Toullier, t. II, n° 1058 ; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 425, Taulier, t. I, p. 484 ; Marcadé, sur l'art. 375, II ; Aubry et Rau, § 550 ; note 19.

les biens des enfants du premier lit profiteront au second époux.

Nous répondrons que cet argument n'aurait en tout cas de valeur que dans le cas où la mère n'aurait pas d'enfants de son second mariage; mais dans le cas contraire, n'est-il pas toujours à craindre que les revenus de ses enfants du premier lit ne profitent à ses autres enfants? — On répond que la loi n'a pas distingué. — Il est vrai; mais s'ensuit-il qu'elle ait accordé l'usufruit à la mère dans tous les cas? Non; elle lui a au contraire enlevé la jouissance légale dans tous les cas, alors qu'elle aurait pu la lui laisser dans l'hypothèse où elle n'aurait pas eu d'autres enfants. L'absence de toute distinction n'aboutit qu'à faire constater que la loi a enlevé, dans tous les cas et pour toujours, à la mère la jouissance légale, sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si le second mariage a été ou non dissous ¹.

Il en serait de même et l'usufruit ne revivrait pas au cas d'annulation du second mariage. Un auteur, qui enseigne l'opinion contraire, propose une distinction que nous ne pouvons nous défendre de qualifier de bizarre, et qui nous paraît de nature à faire à elle seule condamner le système. Si la mère a été de bonne foi, dit-il, le mariage a produit tous ses effets civils; si elle est de mauvaise foi, le mariage n'a pu produire aucun effet civil à son égard: d'où suit qu'il n'a pas éteint l'usufruit ². — Un tel système n'aboutit

1. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 144; Delvincourt, t. I, p. 93, note 8; Massé et Vergé, p. 374, note 49, p. 93, note 8; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 131 bis, VI; Valette, *Explicat. sommaires* du livre I, Code Napoléon, pp. 217 et 218; Demolombe, t. VI, n° 562. — Cf. Vazeille, t. II, n° 470, et Chardon, *Puiss. pat.*, n° 160. — *Contrà*: Taulier, t. I, p. 496; Laurent, t. IV, n° 339.

2. Duranton, t. III, n° 397.

qu'à donner une prime à ceux qui se sont moqués de la loi, à la mère qui a accompli un acte aussi grave que le mariage au mépris de la nullité dont il était entaché et qu'elle n'ignorait pas.

Qu'il ait été contracté ou non de bonne foi, le mariage n'en a pas moins existé, c'est-à-dire, pour employer les termes mêmes de la loi, il y a eu second mariage ; l'usufruit est donc éteint ; peu importe que ce mariage soit ou non déclaré nul par la suite.

Nous ferons pourtant une réserve pour le cas où le second mariage aurait été annulé pour cause de vice dans le consentement de la femme, où la mère n'avait consenti que par violence. Dans ce cas, il faut considérer l'usufruit comme ne s'étant pas éteint. En effet, lorsqu'elle se marie de son gré, elle est censée y avoir renoncé, et cette renonciation produit des effets définitifs ; or on ne peut pas dire que la mère qui ne consent que par violence ait tacitement renoncé à son usufruit légal. Dans ce cas, d'ailleurs, l'annulation se fera le plus souvent dans un délai très court (moins de six mois après la cessation de la violence), et le mari n'aura guère profité de cet usufruit : tandis qu'au contraire, si l'on admettait que, dans tous les cas où le mariage vient à être annulé, l'usufruit sera censé n'avoir pas été éteint, le mari se trouverait avoir profité pendant 15 ou 20 ans peut-être des revenus des enfants du premier lit, ce qui serait en contradiction absolue avec le vœu de la loi ¹.

Passons au droit de nommer un tuteur testamentaire. Nous croyons que ce droit devrait être reconnu à la mère après la dissolution ou l'annulation du second ma-

1. Demolombe, t. VI, pp. 563 et 564 ; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 131 bis, V.

riage si elle a été maintenue dans la tutelle ou si elle y a été appelée depuis par le conseil de famille. Le texte de la loi ne s'oppose en rien à cette solution : il parle de la « mère remariée », ce qui s'applique à la mère pendant le second mariage. Le second mariage étant dissous, il n'est plus à craindre que le tuteur testamentaire soit choisi sur les avis d'un beau-père : c'est la mère seule qui choisira, et son choix se portera sur la personne qui lui paraîtra la plus digne et sans que le conseil de famille ait d'avis à donner.

Il nous reste à examiner les effets de la séparation de corps par rapport aux droits de la mère remariée.

Il est certain, tout d'abord, que, la séparation de corps ne dissolvant pas le mariage, il n'y a pas lieu de se demander si le droit de correction, celui de nommer un tuteur testamentaire, celui de jouissance légale peuvent revivre ; mais une autre question se présente : la mère séparée pouvait être tutrice de son enfant, avec son second mari comme cotuteur ; la séparation de corps intervenant, fait-elle ou non cesser de plein droit cette tutelle¹ ?

En l'absence de texte, la solution ne laisse pas que de faire difficulté. Pourtant, si en fait les deux époux se trouvaient désormais dans l'impossibilité de gérer ensemble la tutelle, il faudrait nécessairement y mettre fin. On peut admettre que le conseil de famille pourra en ce cas destituer l'époux contre lequel la séparation de corps aura été prononcée, et, par cela même, l'autre époux se trouvera dans l'impossibilité de continuer à exercer la tutelle. En effet, si c'est contre le mari que cette déchéance est prononcée, la femme ne pourrait continuer cette gestion, puisque l'art.

1. Dans le sens de l'affirmative : Chardon, *de la Puissance tutélaire*, t. III, n° 24.

396 dispose qu'elle doit *nécessairement* avoir son second mari pour cotuteur. Si c'est au contraire contre elle-même que la séparation de corps, et par suite la déchéance, a été prononcée, comment le mari pourrait-il continuer à exercer la cotutelle puisqu'il n'y a plus de tutelle ? Ce serait donc au conseil de famille qu'il appartiendrait de nommer un tuteur.

On peut regretter que le législateur n'ait pas prévu et réglé cette hypothèse, qui, par cela même qu'elle constitue une exception, ne peut se plier à la règle générale : la loi de 1889 porte cependant dans une certaine mesure remède à cette situation, puisqu'elle donne aux tribunaux, en dehors de toute condamnation pénale, un large pouvoir d'appréciation : la plupart des faits qui motivent la séparation de corps rentrent en effet dans l'inconduite notoire.

II

CONDITION DE LA MÈRE DIVORCÉE ¹

Le divorce dissout le mariage : il modifie donc l'exercice de la puissance paternelle dont les règles n'ont été écrites qu'en vue du cas où les deux époux continuent la vie commune, et élèvent ensemble leurs enfants. Après la prononciation du divorce, et même pendant l'instance, les enfants étant nécessairement éloignés de l'un de leurs parents, la loi devait se préoccuper de leur situation et

1. On sait que le divorce, établi par la loi des 20 et 25 sept. 1792, admis par le Code civil, et aboli par la loi du 8 mai 1816, a été remis en vigueur, avec certaines modifications, par la loi du 24 juillet 1884.

déterminer lequel, du père ou de la mère, aurait le droit de les garder.

Nous aurons à examiner d'abord les dispositions de la loi relatives à la garde des enfants pendant l'instance en divorce; nous passerons ensuite à celles qui se rapportent à la garde des enfants après le divorce.

L'art. 267, dont nous avons déjà rappelé le texte lorsque nous nous sommes occupé de la séparation de corps, confère au mari, sans distinguer s'il est demandeur ou défendeur au procès, la garde provisoire des enfants. Mais le même article donne aux tribunaux le droit d'en décider autrement sur la demande de la mère, de la famille ou du ministère public. Comme le mariage subsiste encore et que, pendant le mariage, le père seul exerce la puissance paternelle, il était naturel que ce fût à lui que la loi confiât la garde provisoire de ses enfants. S'il est demandeur, il est probable que cette garde lui sera confiée même après la prononciation du divorce; s'il est défendeur, au contraire, on concevrait qu'il y eût là plutôt un motif de défiance pour les tribunaux; mais comme rien n'est encore établi, et comme il se peut, en définitive, que la femme soit déboutée de sa demande, il fallait laisser les choses intactes, et la loi n'a pas voulu toucher encore aux droits du père. Il pourrait se faire néanmoins qu'il y eût de graves inconvénients à ce que l'enfant continuât à habiter chez son père, il pourrait se faire notamment que l'enfant encore en bas âge ou d'une santé précaire eût besoin des soins de sa mère. C'est pourquoi la loi a donné à celle-ci, ainsi qu'à la famille ¹ et au ministère public, le droit de demander au tribunal que la garde de l'enfant lui soit confiée. Par famille,

1. Massol, p. 152, Comm. loi 20 sept. 1782, § 4, art. 2.

il faut entendre la réunion de plusieurs parents, d'une assemblée de famille, et il faut décider que l'avis d'un seul parent ne pourrait suffire.

Il est certain que le père pourrait aussi demander lui-même que l'enfant soit remis à la mère ¹. Cette demande tendant à laisser à la mère la garde des enfants doit être adressée au tribunal. On s'est demandé pourtant si le Président ne pourrait statuer seul, et l'affirmative a été soutenue par M. le Président de Belleyne ². Cette théorie est selon nous contraire à l'art. 267, aux termes duquel c'est au « tribunal » qu'il faut s'adresser; et le mot « du tribunal » employé par la loi acquiert plus d'importance encore si l'on constate que le premier projet portait le mot *juges*. De même l'art. 878 du Code de procédure civile, qui énumère les points sur lesquels peut statuer le Président, ne fait pas figurer dans cette énumération la décision sur la garde des enfants. On comprend d'ailleurs que la loi n'ait accordé qu'au tribunal et non à un seul juge le droit de régler cette question de garde, question très délicate et dont la solution pourrait être injustement blessante pour le mari.

Nous pensons cependant que le Président pourrait, en cas d'urgence, rendre une ordonnance de référé. Cette ordonnance serait en effet susceptible d'appel, tandis que celles qu'il est appelé à rendre comme conciliateur ne peuvent être attaquées par cette voie de recours ³.

Les mesures que le tribunal peut prendre relativement aux enfants sont toujours provisoires ⁴; il peut, si l'intérêt

1. Liège, 20 juillet 1836 (Pasicrisis belge, 36, 495).

2. T. I, 326.

3. Voir M. Fremont, *Traité du divorce*, n° 795, p. 380.

4. Bordeaux, 9 juin 1832 (Dalloz, v° *Sép. de corps*, n° 327).

des enfants l'exige, — car c'est cet intérêt seul qu'il doit consulter, — retirer la garde de l'enfant à celui des parents auquel il l'avait tout d'abord accordée, pour l'attribuer à l'autre époux ou même à un tiers.

Si l'époux qui a les enfants avec lui refusait de déférer à l'injonction du tribunal et de les remettre entre les mains de l'autre époux, quel moyen aurait celui-ci de faire exécuter le jugement ? Il est certain tout d'abord que l'huissier auquel il s'adresserait pourrait se faire assister par des représentants de l'autorité. Les tribunaux recourent aussi à d'autres moyens de coercition, tels que la saisie des revenus ou la condamnation à des dommages-intérêts par jours de retard ¹.

Il a été jugé d'ailleurs ² qu'alors même que la mère se cacherait avec ses enfants pour n'être pas forcée de les rendre, elle ne se rendrait pas coupable d'enlèvement ou de détournement de mineur (art. 354 C. c.), et que le fait de ne pas rendre ses enfants ne pourrait l'empêcher d'intenter ensuite une demande en séparation de corps ou en divorce ³, ou de poursuivre son action déjà commencée.

Il en serait autrement si cette action tendait non à faire prononcer le divorce ou la séparation de corps, mais à enlever au père le droit de garde ⁴.

1. Arrêt de Colmar, 10 juillet 1838 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 761); Cass., 8 novembre 1864 et 4 avril 1865 (Dalloz, 1865, I, 387 et 390). M. Laurent (t. III, n° 256) doute de la légitimité de ces procédés; il faudrait, dit-il, un texte de loi pour permettre la saisie ou la condamnation à des dommages et intérêts : c'est là une véritable peine, et l'on ne peut, selon le savant auteur belge, la prononcer sans texte de loi.

2. Rennes, 14 oct. 1842 (Dalloz, v° *Sép. de corps*, n° 122).

3. Trib. Bruxelles, 6 janvier 1849 (Belgique judiciaire, 1849); Rennes, 31 juillet 1811 (Dalloz, v° *Sép. de corps*, n° 122).

4. Louvain, 25 juillet 1874 (Pasiris belges, 75, 3, 205).

Il a été jugé aussi que le père ne pouvait user du droit de détention réglé par l'art. 376 C. civ. contre une fille qui, pendant l'instance en divorce, quitterait la maison du père pour aller habiter avec sa mère ¹.

La demande relative à la garde des enfants peut être adressée au tribunal aussitôt après la remise au Président de la requête qui ouvre l'instance en divorce ² (art. 236), et le jugement qui joint cette demande au fond du procès peut être attaqué en appel avant le jugement définitif ³. Cette demande peut aussi être faite pour la première fois en appel ⁴.

La mère qui a obtenu la garde conformément à l'art. 267 est obligée d'agir pour son enfant dans les cas d'urgence ; par exemple, lorsqu'il s'agit du consentement à donner pour son engagement volontaire : elle pourra autoriser cet engagement, à moins que le père ne s'y oppose ⁵.

Au lieu de s'adresser aux tribunaux, les époux peuvent s'entendre eux-mêmes sur le point de savoir à qui sera confiée la garde de l'enfant. Mais si, par exemple, cette garde a été laissée à la mère, le père ne pourrait ensuite la lui reprendre sans son consentement, à moins de s'adresser à la justice et d'obtenir un jugement ⁶.

Passons à la garde des enfants après la prononciation du divorce ⁷.

1. Bruxelles, 2 pluviôse an XII.

2. Bruxelles, 27 germinal an XIII.

3. Poitiers, 15 janvier 1817 (Dalloz, v° *Sép. de corps*, n° 103-6°).

4. Cass., 17 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 4, 187).

5. Marseille, 14 décembre 1872 (Sirey, 73, 3, 121).

6. Bruxelles, 3 pluviôse an X.

7. Tout ce que nous avons dit de la garde provisoire des enfants pendant l'instance en divorce s'applique aussi pendant l'instance en séparation de corps.

L'art. 302 est ainsi conçu : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

La disposition de cet article déroge à celle de l'art. 373 qui édicte que pendant le mariage le père seul exerce la puissance paternelle.

Le divorce ne fait point cesser la puissance paternelle. Sans contester ce principe, on a soutenu cependant que les magistrats ayant le droit de prononcer sur l'administration des biens des mineurs, il résultait de leur décision l'organisation d'une véritable tutelle comportant un subrogé-tuteur, un conseil de famille et une hypothèque légale ¹.

Il suffit de faire remarquer que cette opinion est en contradiction, avec les termes de la loi qui ne donne ouverture à la tutelle qu'à la mort de l'un des époux. Il faut donc écarter cette idée de tutelle et s'en tenir au texte même de l'art. 303, qui, ne s'occupant que de l'entretien et de l'éducation, de l'enfant, décide, sur le point de savoir à qui seront accordés ces droits, qu'ils seront en principe confiés à l'époux qui aura obtenu le divorce, mais qu'ils pourraient l'être, si l'avantage des enfants paraît l'exiger, soit à l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé, soit à un tiers.

Si l'époux coupable peut être ainsi encore investi de la garde de l'enfant, comment pourrait-on soutenir qu'il a encouru une déchéance, et que si les enfants sont confiés

1. En ce sens : Toullier, t. II, n^{os} 1094 et 1095; Marcadé, sur l'art. 390, I; Demante, t. II, n^o 138 bis, *in fine*.

à l'autre époux il est lui-même privé de tout droit de puissance paternelle? Les termes mêmes de la loi s'opposent à une pareille interprétation, puisque l'art. 303 conserve aux père et mère, pour le cas où l'enfant aurait été confié à un tiers, un droit de surveillance : « ils conservent le droit de surveiller », porte l'article. Comment expliquer le mot « conservent », s'il ne s'agit pas d'un droit qu'ils avaient déjà? Et ce droit ne peut être autre que celui que leur confère la puissance paternelle.

Si la puissance paternelle existe toujours malgré la prononciation du divorce, elle ne sera pourtant plus exercée de la même manière que pendant le mariage. Le droit de la mère qui, pendant la durée du mariage, se réduit en quelque sorte à une influence morale, prend un nouveau caractère : il devient presque égal à celui du mari, et c'est précisément pourquoi, eu égard aux circonstances, les tribunaux peuvent lui confier la garde des enfants; c'est pourquoi aussi, dans le cas où ce n'est pas à elle que cette prérogative est accordée, elle partage avec son mari le droit de surveillance sur la personne chargée de cette garde. Mais d'un autre côté le père n'est nullement déchu de l'exercice de la puissance paternelle, alors même que la garde a été confiée à la mère; c'est lui qui conserve le droit de correction ¹ et même d'émancipation ². Il va de soi que la mère pourrait cependant demander la nullité d'une émancipation qui aurait un caractère frauduleux. Il pourrait arriver en effet que le père, dans une pensée de haine contre sa femme, n'émancipât l'enfant que pour le soustraire à la surveillance et à la garde de la mère. Pour

1. Laurent, t. III, n° 294, reconnaît pourtant à la mère comme au père le droit de correction.

2. Cass., 4 avril 1865 (Sirey, 65, 4, 255).

sauvegarder le droit du père, il suffit de lui reconnaître la faculté de s'adresser aux tribunaux si la mère faisait de son droit de garde un usage abusif.

L'époux qui se trouve privé du droit de garde de l'enfant, que ce soit le père ou la mère, conserve le droit de le voir et de le visiter ; mais les tribunaux régleront l'exercice de ce droit de visite s'il était à craindre qu'il ne dégénérât en abus.

De même que pendant l'instance en divorce, la décision du tribunal relativement au droit de garde n'a d'ailleurs rien de définitif : les juges pourront toujours revenir sur leur décision si tel est l'avantage de l'enfant ; mais ils peuvent aussi, dès le début, décider que l'enfant restera avec sa mère jusqu'à un certain âge, et chez son père passé cet âge.

A qui doit appartenir, après le divorce, l'usufruit légal ? L'art. 386 déclare déchu de ce droit celui des père et mère contre qui le divorce a été prononcé. Aucune difficulté si le divorce a été prononcé contre la mère : le père continuera de jouir des biens de ses enfants ; la mère n'y avait pas droit en effet pendant la durée du mariage. Que si au contraire le divorce a été prononcé contre le père, celui-ci perdra le droit à la jouissance légale. Mais ce droit passe-t-il à la mère ? On l'a soutenu et on le soutient encore, mais nous ne saurions partager cette opinion.

Nous avons décidé, il est vrai, que l'usufruit légal passe à la mère pendant l'absence ou l'interdiction du mari et dans les autres cas où celui-ci perd l'exercice de la puissance paternelle. Nous ne croyons pourtant pas nous montrer inconséquent en adoptant, pour le cas de divorce, une solution contraire. Les deux hypothèses sont en effet essentiellement différentes. Pendant l'absence ou l'inter-

diction du mari, c'est la mère qui exerce la puissance paternelle ; c'est elle qui, par conséquent, doit avoir aussi la jouissance légale qui, en est le corollaire. Le divorce au contraire n'enlève nullement au mari l'autorité paternelle ; il ne se trouve pas, comme au cas d'absence, dans l'impossibilité de l'exercer, et la loi n'a pas prononcé de déchéance contre lui. De ce que la mère a, au cas de divorce, des droits plus étendus que pendant le mariage, il n'en résulte nullement que le père perde les siens. La mère n'étant plus épouse est certainement plus libre, puisqu'elle n'a plus à se soumettre à l'autorité maritale ; mais de ce qu'elle n'a plus d'époux, il ne s'ensuit pas que ses enfants n'aient plus de père. Celui-ci conserve ses droits et continue à être tenu de ses devoirs envers ses enfants : si la mère vient à mourir, n'est-ce pas lui qui sera le tuteur légal ? Ce sera alors l'autorité tutélaire qu'il exercera, mais tant que la mère vit, il continue à exercer l'autorité paternelle. En vain invoquerait-on l'art. 384 qui fait cesser le droit de jouissance du père à la dissolution du mariage : la loi, en parlant de dissolution, n'a envisagé que le cas de dissolution ordinaire, c'est-à-dire de mort, comme le prouve la fin de l'article qui accorde au survivant le droit d'usufruit ⁷.

Le père continue donc, après le divorce, d'exercer la puissance paternelle, et il a droit, en principe, à la jouissance légale : si la loi le lui enlève, ce n'est qu'à titre de peine. Mais cette peine peut-elle profiter à la mère, et de ce qu'il est privé de son droit, s'ensuit-il que la mère doive l'exercer ? Il faudrait tout au moins à cet égard un texte

1. Sic : Proudhon, *Usufruit*, t. I, p. 140. — *Contrà* : Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 131 bis, I, et bis II ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 272 ; Laurent, t. III.

précis. On peut souhaiter que le législateur intervienne pour jeter un peu plus de lumière sur toute cette matière qui prête à tant de difficultés. Mais, quant à présent, l'art. 384 seul a trait à cette question, et cet article n'accorde le droit de jouissance qu'à la mère survivante ¹.

1. Nous avons laissé de côté le divorce par consentement mutuel, qui n'a pas retrouvé place dans la loi de 1884. Sous l'empire du Code civil, les époux qui se séparaient ainsi volontairement devaient décider eux-mêmes à qui seraient confiés les enfants (art. 279 et 280). Mais, sauf ce point, les effets du divorce, quant à la puissance paternelle, étaient les mêmes que dans les autres cas de divorce.

TITRE III

CONDITION DE LA MÈRE APRÈS L'ANNULATION DU MARIAGE

D'après la rigueur des principes le mariage nul ne devrait produire aucun effet : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. La loi a dérogé à ces principes en faisant produire des effets à un mariage nul s'il a été contracté de bonne foi par les époux, ou du moins par l'un d'eux. Dans ce dernier cas le mariage ne produit d'effet qu'à l'égard de l'époux de bonne foi et des enfants. (Art. 201 et 202.) Ceux-ci naîtront légitimes, non seulement par rapport à l'époux de bonne foi, mais aussi par rapport à l'autre époux qui, lui, a été coupable. En effet, comme l'a fait remarquer Portalis, un enfant ne peut être à la fois légitime et illégitime.

L'enfant portera donc le nom du père, même si celui-ci a été de mauvaise foi et que la mère seule ait été de bonne foi.

A qui les enfants seront-ils confiés après l'annulation du mariage?

On ne peut dire qu'ils seront dans tous les cas laissés au père; on ne peut dire non plus d'une manière générale qu'ils seront confiés à l'époux de bonne foi. Ce qu'il faut, c'est se déterminer d'après le plus grand intérêt des en-

fants et ce sera au tribunal à prendre la décision qui lui paraîtra la plus conforme à cet intérêt. Les juges ont à cet égard un pouvoir entier d'appréciation : pour le cas d'annulation, il n'y a même pas, en effet, comme pour celui de divorce, une disposition établissant une présomption d'indignité à l'égard de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé (art. 302). Les juges sont donc ici absolument libres de confier la garde et l'éducation de l'enfant à l'époux de mauvaise foi, sans qu'il soit pour cela nécessaire que la famille ou le ministère public le demande.

En fait pourtant, le plus souvent, c'est l'époux de bonne foi qui sera choisi à juste raison par le tribunal ; mais on conçoit qu'il peut se faire que l'âge de l'enfant ou l'état de sa santé rende indispensables les soins de la mère : et dans ce cas la garde de l'enfant lui sera confiée, même si c'est elle qui a été de mauvaise foi. Les mesures prises à cet égard par le tribunal n'ont d'ailleurs rien de définitif, et les juges pourront revenir sur leur première décision si l'état des choses exige qu'il soit pris de nouvelles dispositions.

TITRE IV

INFLUENCE DE LA NATIONALITÉ DE LA MÈRE SUR LA NATIONALITÉ DE L'ENFANT

Il peut se faire que les deux époux ne soient pas de la même nationalité. Il en est ainsi par exemple quand une femme française ou non, ayant épousé un Français, celui-ci vient à changer plus tard de nationalité : sa femme peut rester Française. L'enfant né postérieurement au changement de nationalité du père sera-t-il Français comme la mère, ou bien suivra-t-il au contraire la condition du père ? M. Laurent admet que dans ce cas l'enfant aurait droit à la fois aux deux nationalités ; et que, par conséquent, à sa majorité, il pourrait à son gré réclamer soit la nationalité du père soit celle de la mère ¹.

Cette solution est, avec raison, repoussée par la grande majorité, des auteurs. Il suffit, en effet, de rappeler l'ancien principe, toujours en vigueur, d'après lequel l'enfant légitime suit toujours la condition du père. Ce principe était admis en droit romain : *Cum legitimæ nuptiæ factæ sunt, patrem liberi sequuntur* ². Il continua d'être la règle de notre ancien droit français ³. Enfin, sans être

1. T. I, n° 326.

2. Loi 49, D., *De stat. hom.*

3. Pothier, *des Personnes*, tit. II, sect. II.

écrit en toutes lettres dans le Code civil, il n'en ressort pas moins de l'ensemble de ses règles.

Le père étant le chef de la famille transmet à ses enfants son nom et sa nationalité ; c'est là une solution aussi simple que logique ; le système opposé donnerait lieu en effet aux plus sérieuses difficultés. Par exemple, quelle serait, pendant la minorité de l'enfant, sa nationalité ? Serait-il Français, comme sa mère, ou bien aurait-il la même nationalité que le père ? Dans l'ignorance où l'on est du parti pour lequel l'enfant opterait à sa majorité, faudrait-il décider que jusque-là il serait tout à la fois Français en France, et de la nationalité du père dans le pays de celui-ci ? N'est-ce pas là une conséquence inadmissible ?

On sait qu'un enfant étranger peut, dans certains cas, requérir sous certaines conditions la qualité de Français.

C'est ainsi que l'ancien art. 10 du Code civil portait :
« Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui au-
rait perdu la qualité de Français pourra toujours
recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités
prescrites par l'art. 9. »

On s'était demandé si cet article ne devait pas s'appliquer aussi aux enfants de la Française qui avait perdu cette qualité, ce qui arrive lorsqu'une Française épouse un étranger.

La plupart des auteurs résolvaient la question par l'affirmative, bien que l'art. 10 du Code civil, à la différence de la loi des 9-15 décembre 1790¹, n'ait pas ajouté, aux

1. Cette loi faisait aux descendants des religionnaires réfugiés à l'étranger l'application des principes consacrés plus tard par l'art. 10 Code civil.
— Voir aussi la constitution des 13-14 septembre 1791, tit. II, art. 2.

mots *né d'un Français*, les mots *ou d'une Française* ¹.

Quant à l'objection que l'enfant doit suivre la condition du père, on répondait en faisant remarquer avec raison qu'il ne s'agissait pas de déterminer *a priori* la nationalité de l'enfant, mais seulement de savoir si l'enfant d'une femme qui a perdu la qualité de française pouvait être admis au bénéfice de l'art. 10, aussi bien que l'enfant né d'un ex-Français ².

La question en ce qui concerne l'enfant de l'ex-Française a été tranchée par la loi du 26 juin 1889, dont l'art. 10 porte : « Tout individu né, en France ou à l'étranger, « de parents *dont l'un* a perdu la qualité de Français « pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions « fixées par l'art. 9. »

Une question analogue, mais plus délicate encore, pouvait se poser sous l'empire de la loi du 22 février 1851 et elle n'a pas été tranchée par la loi nouvelle. On sait que la loi de 1851 déclarait Français l'enfant né, en France, d'un étranger qui lui-même y était né, mais en admettant pour lui une condition résolutoire facultative qu'a supprimée la loi de 1889 en incorporant dans son art. 8 la disposition de la loi de 1851. — Ils'agit de savoir si l'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né mais d'une étrangère (de naissance ou du fait de son mariage) qui, elle, est née en France, est ou non Français. — Ni la jurisprudence ni la doctrine ne se sont encore prononcées sur cette question; — mais la règle du Digeste et l'esprit de la loi de 1851 et de celle de 1889 semblent com-

1. Lois 1 et 195 pr. (Ulp.), *De verb. signif.* « *Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.* »

2. Aubry et Rau, § 70, note 17; Demolombe, t. I, n° 167; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 20 bis, III.

mander une solution semblable à celle que nous avons adoptée pour l'enfant de l'ex-Française.

Le législateur, en effet, n'a tenu compte ici que du *jus soli*, et du fait de la double naissance sur le territoire français ; et il n'a pas hésité, en cecas, à attribuer à l'enfant une nationalité différente de celle de son père, si le père est lui-même, comme l'enfant né sur le territoire, Français.

A plus forte raison en serait-il ainsi si la mère non seulement est née sur le territoire français, comme l'enfant, mais est elle-même une ex-Française circonstance que la loi regarde comme favorable à la nationalité française de l'enfant.

La femme française qui a épousé un étranger perdra le plus souvent la qualité de Française¹ ; mais après la dissolution du mariage, elle peut, en se soumettant à certaines conditions, recouvrer sa première nationalité.

On s'était demandé si les enfants mineurs qui, sauf le cas de la loi de 1851, sont étrangers comme suivant la nationalité de leur père, restaient étrangers malgré le changement de nationalité de la mère.

L'affirmative, soutenue par quelques auteurs², était repoussée par la plupart. On faisait valoir dans le premier sens les inconvénients résultant de ce que les enfants auraient une autre nationalité que celle de leur mère. Tout en admettant, en législation, le bien-fondé de cette observation, les partisans de la négative faisaient remarquer que les juges ne pouvaient suppléer au silence absolu de la loi ; il appartenait au législateur seul de se préoccuper

1. Depuis la loi de 1889 (nouvel art. 19, C.c.), elle ne perd sa nationalité que si elle acquiert celle de son mari ; dans le cas contraire, elle reste Française. Il en était autrement sous l'empire de l'ancien article.

2. Duvergier, *Collection des lois*, t. III, p. 241.

des inconvénients des dispositions antérieurement édictées et les tribunaux ne devaient pas sortir de leur rôle d'interprètes.

Le législateur a tenu en effet à réglementer ce point, et la règle est désormais celle de l'art. 19 de la loi du 26 juin 1889 :

« Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du
« mari, la qualité de Français peut être accordée par le
« même décret de réintégration aux enfants mineurs sur
« la demande de la mère, ou par un décret ultérieur si
« la demande en est faite par le tuteur avec l'approba-
« tion du conseil de famille. »

TITRE V

DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DE SES ENFANTS ET DROITS DES ENFANTS SUR LES BIENS DE LA MÈRE

En ce qui concerne les droits de la mère sur les biens de ses enfants et réciproquement, il n'y a pas de règles spéciales applicables à la mère ; celles que nous avons à rappeler sont pour la plupart communes au père et à la mère. Nous nous bornerons donc sur ce point à des observations générales.

A. — *Droits de la mère sur les biens de ses enfants.*

Nous avons vu que le père seul avait, durant le mariage, l'usufruit légal des biens de ses enfants, la mère n'acquérant ce droit qu'à la mort du père, sauf les cas où elle exerce, exceptionnellement, la puissance paternelle pendant le mariage. La mère n'ayant pas l'usufruit légal pendant la vie du père ne pourrait non plus exercer l'administration légale. Il faut admettre cependant que si le père faisait preuve, dans sa gestion, d'infidélité ou d'incapacité, les tribunaux, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, pourraient lui enlever l'administration et la confier à une autre personne : ce sera d'ailleurs le plus souvent

à la mère, à moins que les juges n'aient des raisons de craindre que celle-ci ne se laisse dominer par son mari, et qu'en fait ce soit toujours le père qui continue d'administrer les biens. Dans ce cas, ils confieraient cette administration à un tiers ¹.

En outre du droit de jouissance qui n'appartient que dans certains cas à la mère, elle a le droit d'exiger de ses enfants des aliments dans le cas où elle se trouverait dans le besoin (art. 205). A la mort de l'enfant, elle a des droits sur sa succession, droits qui sont d'ailleurs identiques à ceux du père. Elle a donc une réserve qui est déterminée par l'art. 915, et fixée au quart des biens laissés par l'enfant. Enfin, lorsqu'elle sera en concours avec des collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants d'eux, la mère a, aux termes de l'art. 754, l'usufruit du tiers des biens auxquels elle ne succède pas.

B. — *Droits des enfants sur les biens de leur mère* ².

Lorsque nous avons traité des obligations qu'impose la maternité nous avons rappelé que la mère était tenue de fournir des aliments à ses enfants qui se trouvent dans le besoin. Il nous reste à parler des droits des enfants sur la succession de leur mère. Les enfants ont une réserve sur cette succession comme sur celle de leur père, réserve qui varie avec leur nombre (art. 913). Pour tout ce qui excède cette réserve, la mère, comme le père a le droit d'en

1. En ce sens : Demolombe, t. VI, n^{os} 424-427; Maguin, t. I, n^o 264; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 283, note a; MM. Aubry et Rau, § 123, note 13. — *Sic* : Cass., 16 décembre 1829 (Sirey, 1830, I, 156).

2. Il faut noter qu'aux termes de l'art. 960 la survenance d'enfant emporte révocation d'une donation faite par la mère (comme par le père) à une époque où elle n'avait pas d'enfants.

disposer librement, et elle aura ainsi un moyen de contraindre à l'obéissance ses enfants qui pourront craindre de se voir déshérités : moyen d'autant plus précieux pour elle qu'elle n'en a pas d'autre pour se faire obéir pendant la vie de son mari.

Il faut espérer pourtant que la mère n'aura pas besoin de recourir à de pareilles menaces ou à de pareilles peines et que le respect et l'affection que lui portent ses enfants seront pour elle un gage suffisant de leur obéissance.

Le mère, de même que le père, a le droit de partager elle-même entre ses enfants les biens qu'elle leur laisse (art. 1073). Elle sera absolument libre à cet égard s'il s'agit d'un partage testamentaire (art. 226 et 1076). S'il s'agit au contraire d'un acte entre vifs, elle aurait besoin de l'autorisation du mari ¹. Il n'y a là autre chose que l'application des principes généraux.

Expliquons-nous seulement en quelques mots sur la quotité disponible spéciale établie par l'art. 1098. Il s'agit de la veuve (ou du veuf) qui se remarierait ayant des enfants d'un précédent mariage. La loi lui défend en ce cas, dans l'intérêt de ses enfants, de donner ou léguer au nouveau mari plus qu'une part d'enfant le moins prenant ² et sans que ces libéralités puissent excéder le quart des biens. On reconnaît là la méfiance que l'existence d'un second mariage a toujours inspirée à la loi, méfiance dont nous

1. La mère ne pourrait, par acte entre vifs, partager ses biens dotaux, ces biens étant frappés d'inaliénabilité. — *Sic* : Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106, et Req., 18 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 209).

2. Cette disposition a été empruntée avec certaines modifications à l'édit des secondes noces du mois de juillet 1560, qui rappelait lui-même les constitutions *feminæ* et *Hac edictali*, Const. 3 et 6, *De secundis nuptiis*.

avons déjà signalé dans cette étude plus d'une trace.

Nous terminons ici l'examen des dispositions légales qui règlent la condition de la mère légitime. Nous avons à examiner maintenant celles qui règlent la maternité naturelle, vue d'un œil moins favorable par la loi qui s'est avant tout préoccupée de l'intérêt supérieur de la constitution de la famille.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA MÈRE NATURELLE

TITRE I

EFFETS JURIDIQUES DE LA MATERNITÉ NATURELLE RECONNUE

Les effets que produit la maternité naturelle reconnue sont plus ou moins étendus, suivant que l'enfant n'a été reconnu que par la mère ou qu'il l'a été également par le père ; il nous faut donc nous placer successivement à ces deux points de vues et examiner dans les deux cas quels sont les devoirs et par suite les droits de la mère.

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DE LA MÈRE NATURELLE AU CAS OÙ L'ENFANT N'A ÉTÉ RECONNU QUE PAR ELLE

Nous ne parlerons ici que du cas où la mère n'est pas mariée : nous indiquerons plus loin dans quelle mesure les droits de la mère naturelle sont modifiés par suite de son mariage avec un autre que le père reconnu de l'enfant.

SECTION I

CONDITION DE LA MÈRE NATURELLE NON MARIÉE

§ 1^{er}

DEVOIRS DE LA MÈRE NATURELLE NON MARIÉE

La première des obligations des parents, qu'ils soient légitimes ou naturels, c'est de nourrir, d'élever et d'entretenir leurs enfants. « On ne doute pas, disait Portalis dans l'exposé des motifs du titre du « Mariage, que les pères « naturels ne soient obligés d'élever leurs enfants, « de les entretenir et de les nourrir ; la loi positive elle-même a placé ce devoir parmi les obligations premières « que la nature, indépendamment de toute loi, impose à « tous les pères ». Il faut en dire autant de la mère naturelle ; l'obligation d'élever les enfants pèse aussi bien sur les parents naturels que sur les parents légitimes.

La question peut cependant, jusqu'à un certain point, paraître douteuse. L'art. 203 qui, par rapport à la dette alimentaire, régleme les droits des enfants, n'a parlé que des parents légitimes : « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage,* » porte cet article, « l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Il semblerait donc que c'est comme époux que les parents sont tenus envers leurs enfants, et que, par suite, les parents naturels ne seraient pas tenus de ces obligations. Ce serait incontestablement une erreur : c'est le fait seul de la paternité ou de la maternité, et non celui du mariage, qui impose aux père et mère l'obligation rappelée par l'art. 203. L'enfant naturel comme l'enfant légitime a droit à vivre, et c'est à ses parents, ses seuls protecteurs, que la nature et la loi ont imposé le devoir de pourvoir à son

existence. Si l'art. 203 paraît considérer le mariage comme la source de cette obligation, c'est parce qu'au cas de mariage, la filiation se trouve par cela même constatée. Mais il ne s'ensuit nullement que si elle se trouve constatée, en dehors de tout lien de mariage, à l'égard des deux parents ou de l'un des deux, l'obligation d'élever les enfants ne résulte pas de cette constatation.

Il est vrai que la loi ne contient, par rapport aux enfants naturels, aucune disposition analogue à celle qu'elle a édictée par rapport aux enfants légitimes ; mais il n'y a rien à induire de cet argument qui n'a que la valeur, essentiellement relative d'un argument *a contrario*. La loi reconnaît en effet aux enfants, même dont la naissance est empreinte soit d'adultère, soit d'inceste, une créance alimentaire sur la succession de leurs parents (art. 756, 762 et 764). Ne doit-on pas, à plus forte raison, décider que les parents sont tenus, pendant leur vie, de nourrir, d'entretenir et d'élever ces mêmes enfants naturels ?

Nous trouvons dans un arrêt de la Cour de Bruxelles des considérants qui, avec beaucoup de logique, établissent cet *a fortiori* : « Par cela même, porte cet arrêt, que le
« Code oblige les parents d'un enfant naturel reconnu à
« lui laisser à leur décès, sur leurs biens, des moyens d'exis-
« tence, il leur impose implicitement le devoir, de leur
« vivant, de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever, car
« il serait inutile d'assurer à l'enfant des moyens d'exis-
« tence au décès de ses père et mère, s'ils pouvaient, de
« leur vivant, lui refuser impunément les aliments néces-
« saires pour lui conserver la vie ¹. »

1. Bruxelles, 10 juillet 1850 (Dalloz, 1852, 2, 155).

Il est certain, d'un autre côté, comme nous le verrons, que les parents naturels ont sur leur enfant les droits de la puissance paternelle : ils doivent, par contre, être tenus envers eux de l'obligation de les élever, cette autorité paternelle n'étant que le corrélatif de cette obligation. L'art. 383 leur confère notamment le droit de correction : pourquoi reconnaître ce droit aux parents naturels, si ce n'est parce qu'étant tenus d'assurer l'éducation de leurs enfants, il faut qu'ils aient le moyen de leur imposer leur volonté, de se faire obéir ? D'ailleurs, ce droit de correction ne leur est donné que dans l'intérêt des enfants : car, dans notre droit, la puissance paternelle est avant tout une autorité protectrice, et les droits qu'elle confère ne sont que la sanction des devoirs qu'elle impose. De ce que la puissance paternelle est reconnue aux parents naturels il faut nécessairement conclure que les obligations qui en résultent doivent peser sur eux.

La mère naturelle est obligée de nourrir, d'entretenir et d'élever son enfant, comme nous avons supposé qu'elle seule l'avait reconnu ; elle aura donc à supporter seule cette charge, et elle devra remplir envers lui non seulement les obligations qui incombent à la mère, mais aussi celles qui incombent au père.

Si l'obligation d'éducation existe aussi bien à l'égard des enfants naturels qu'à l'égard des enfants légitimes, elle n'a cependant pas, selon nous, la même étendue : la mère ne serait pas tenue de donner à ses enfants naturels une éducation en rapport avec ses propres facultés et sa position sociale. L'enfant naturel n'a, il est vrai, aucune faute à se reprocher, et pourtant il supporte dans une certaine mesure la faute de ses parents : légitime, il eût eu tous les droits ; naturel, ses droits sont nécessairement plus res-

treints. Il y a là un résultat qui semblerait peut-être injuste, si l'on ne s'élevait pas au-dessus des considérations exclusivement relatives à une seule génération : *Delicta parentum immeritu lues* !

Quoi qu'il en soit, c'est le système de la loi. Elle a cru bon de faire une différence considérable au point de vue de la succession entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Comment les tribunaux pourraient-ils imposer à la mère l'obligation de donner à l'enfant naturel la même éducation qu'elle eût assurée à un enfant légitime, alors que la loi elle-même accorde à ceux-ci des droits auxquels ne peuvent aspirer les enfants naturels ?

Une autre obligation, qui pèse sur la mère naturelle comme sur la mère légitime, est celle de fournir aux enfants des aliments lorsqu'ils sont dans le besoin. Bien qu'il ne soit pas reconnu en termes exprès par la loi, ce droit des enfants est pourtant consacré par la doctrine et la jurisprudence. La loi ne leur confère expressément des droits que sur la succession de leurs parents (art. 756). Mais, comme nous l'avons dit, avec la Cour de Bruxelles, par cela même qu'un droit de ce genre leur est reconnu après la mort de leurs parents, ce droit à des aliments doit, à plus forte raison, leur être accordé pendant leur vie. Cette obligation alimentaire, qui était consacrée même par l'ancien droit, s'impose plus que jamais aux père et mère naturels, aujourd'hui que la filiation naturelle produit des effets tout autrement étendus que ceux qu'elle pouvait produire autrefois ¹.

1. En ce sens : Nouveau Denisart, v° *Aliments*, t. IV, n° 17 ; Loiseau, pp. 552-557 ; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1. art. 2, n° 5 ; Rolland de Villargues, n°s 315 et 316 ; Chabot, *des Successions*, n° 36 ; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 157 ; Demolombe, t. IV, n° 17 ; Taulier, t. I, p. 334 ; Duranton, t. II, n° 377 ;

§ II

DROITS QUE CONFÈRE LA MATERNITÉ NATURELLE RECONNUE

L'enfant n'ayant été reconnu que par la mère portera son nom : on peut même lui reconnaître un véritable droit à le porter, et cela alors même que ce nom ne lui aurait pas été donné dans l'acte de reconnaissance ¹.

La paternité naturelle, comme la paternité légitime, donne naissance à la puissance paternelle. Aucun article du Code civil ne s'explique en termes exprès à cet égard, mais on y voit figurer diverses dispositions conférant aux père et mère naturels sur leurs enfants des droits qui ne sont en réalité que des attributs de cette puissance (art. 158, 383).

En se reportant aux travaux préparatoires, on peut constater d'ailleurs que les rédacteurs du Code civil ont voulu admettre la puissance paternelle aussi bien sur les enfants naturels que sur les enfants légitimes. En effet, la proposition Boulay, qui n'accordait cette puissance qu'aux seuls parents légitimes, a été repoussée sur la proposition contraire de Tronchet. Le rapport de Réal exprime nettement à cet égard la pensée du législateur. « Le législateur qui a reconnu que cette puissance, uniquement fondée sur la nature, ne recevait de la loi civile qu'une confirmation a dû, pour être conséquent, accorder au père ou à la mère qui reconnaissent légalement leur

Toullier, t. II, n° 976; MM. Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 285 bis, I; Aubry et Rau, § 571, note 22. — *Adde* : Req., 16 novembre 1808 (Sirey, 1809, 1, 110); Bordeaux, 22 février 1851 (Sirey, 1851, 2, 494); Toulouse, 25 juillet 1863 (Sirey, 1864, 2, 137).

1. Voir pourtant arrêt de la Cour d'Aix, 18 avril 1817, et Cass., 22 juin 1819 (Sirey, 1819, 1, 465).

« enfant naturel sur cet enfant une puissance et des « droits semblables à ceux auxquels donne naissance une « union légitime ¹. »

Si la puissance paternelle est reconnue aux père et mère naturels, il ne s'ensuit pas que ceux-ci doivent avoir exactement tous les droits qui appartiennent aux parents légitimes. On l'a soutenu cependant, mais en réservant, il est vrai, les exceptions prévues par le Code ².

Ce système est certainement contraire à l'esprit de la loi, et l'on peut s'en rendre compte en se reportant encore aux travaux préparatoires. La rédaction première de l'art. 383 portait : « Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus ³. » La modification qu'a subie cette rédaction suffit à démontrer que les droits conférés par la paternité ou la maternité naturelle doivent être moins étendus que ceux conférés par la paternité légitime.

Mais s'il faut se garder d'assimiler les parents naturels aux parents légitimes lorsqu'il s'agit de la puissance paternelle, nous ne croyons pas non plus qu'il faille limiter exclusivement les droits accordés aux père et mère naturels à ceux qui ont été expressément spécifiés par la loi ⁴.

Il faut que les parents naturels soient investis des droits et des pouvoirs nécessaires pour leur permettre de servir de guides à leurs enfants pour leur éducation, sauf aux tribunaux à modifier ou à restreindre l'exercice de ces droits ⁵.

1. Locré, *Législation civile*, t. VII, pp. 62 et 63.

2. Locré, sur l'art. 372.

3. Locré, *Législation civile*, t. VII, p. 14.

4. Rolland de Villargues, n^{os} 290-302; Laurent, t. IV, n^o 347.

5. Demolombe, t. VI, n^{os} 615, 621 et 622; Marcadé, sur l'art. 383, IV ; MM. Aubry et Rau, § 571, note 7.

Nous avons reconnu aux tribunaux le droit d'intervenir même lorsqu'il s'agit d'enfants et de père et mère légitimes : à plus forte raison ce droit doit-il leur être reconnu lorsqu'il s'agit de la puissance paternelle exercée sur les enfants naturels, puissance que la loi n'a pas réglementée pour les père et mère naturels avec le même soin que pour les père et mère légitimes.

C'est donc aux tribunaux qu'il appartiendra de prendre les mesures qu'ils jugeront les plus convenables pour sauvegarder les intérêts des mineurs.

Entrons plus avant dans l'examen des droits appartenant à la mère naturelle.

Nous trouvons d'abord au Code l'art. 383 qui rend applicables aux père et mère naturels les dispositions des art. 376 à 379. Mais ces quatre articles ne sont pas les seuls articles du titre de la puissance paternelle qu'il faille étendre aux enfants naturels, et l'énumération de l'art. 383 est certainement incomplète. Comment en effet ne pas appliquer également aux enfants naturels l'art. 372, article qui renferme précisément le principe de la puissance paternelle? On ne peut reconnaître aux parents naturels, comme le fait l'article 383, le droit de correction sans leur reconnaître d'abord le droit à la puissance paternelle, puisque c'est cette puissance même qui leur confère le droit de correction.

De même l'enfant naturel est évidemment tenu de l'obligation, imposée à l'enfant par l'art. 371, d'honorer et de respecter ses père et mère, et cependant l'art. 383 ne vise pas non plus cet art. 371 dans son énumération.

Cette disposition de l'art. 371 constitue un principe de morale qui doit évidemment trouver son application dans

les rapports entre les enfants et leurs père et mère, sans qu'il y ait à distinguer entre la paternité et la maternité légitimes et la paternité et la maternité naturelles.

« La reconnaissance d'un enfant, disait Duveyrier au « Conseil d'État, établit pour le père l'obligation de fournir à son enfant les moyens d'exister, pour l'enfant « l'obligation d'obéir à son père, de le respecter et de le « secourir. »

Si la loi n'a pas expressément étendu la disposition de l'art. 371 aux père et mère naturels, elle n'en a pas moins admis des applications de ce principe; c'est ainsi que les art. 299 et 312 du Code pénal assimilent les parents naturels aux parents légitimes, l'art. 299 en qualifiant de parricide le meurtre des père et mère naturels comme celui des père et mère légitimes, et l'article 312 en punissant d'une même peine l'enfant qui s'est rendu coupable de coups ou blessures envers ses père et mère, sans distinguer s'il s'agit de père et mère légitimes ou naturels.

Le Code civil a fait lui-même une application plus évidente encore de ce principe en exigeant pour le mariage des enfants naturels le consentement des père et mère naturels : (art. 158.) C'est là, disons-nous, une application de notre principe ; et en effet, si c'est aussi dans l'intérêt des enfants que le consentement de leurs parents est exigé pour le mariage, c'est surtout à raison de la déférence et du respect que les enfants doivent leur porter et qui leur commandent de requérir leur consentement ou leur conseil avant de conclure un acte aussi grave ¹.

1. Les bâtards, dans l'ancien droit, n'étaient pas tenus de demander le consentement ou le conseil de leurs père et mère; ils avaient à obtenir celui d'un tuteur ou curateur. (Pothier, n° 342.)

L'enfant naturel est donc tenu, avant de se marier, de demander le consentement de sa mère, puisque c'est elle seule que jusqu'ici nous avons supposée connue ; et ce consentement lui est indispensable au-dessous de l'âge de 25 ans pour le fils, ou de 21 ans pour la fille : passé cet âge, le conseil de la mère doit être requis, et il faudra ici, comme au cas de filiation légitime, appliquer toutes les dispositions de la loi relatives aux nullités et aux oppositions à mariage (art. 173, 182, 184, 191).

De même le consentement de la mère naturelle sera nécessaire pour l'adoption de son enfant (art. 346) ou pour la tutelle officieuse (art. 361). Il en serait de même encore au cas où l'enfant voudrait prononcer des vœux ou entrer dans une congrégation religieuse.

Il faut encore reconnaître à la mère le droit de garde, bien que l'art. 374 ne soit pas non plus compris dans l'énumération que l'art. 383 fait des articles du Titre de la puissance paternelle applicables aux père et mère naturels. Comment en effet le droit de correction pourrait-il être exercé si l'enfant ne se trouvait placé sous les yeux de sa mère, si elle ne pouvait, en fait, l'empêcher de commettre les actes coupables à raison desquels elle peut avoir à le punir ?

L'enfant devra donc habiter chez sa mère naturelle, et il ne pourra quitter ce domicile sans son autorisation, si ce n'est pour s'enrôler volontairement, mais seulement à partir de l'âge de 20 ans (art. 374 C. civ. ¹, et loi du 15 juillet 1889, art. 9-6).

Nous avons vu que le seul droit que confère expressément la loi aux père et mère naturels est le droit de correction : c'est pourtant par rapport à ce droit que se sont

1. *Adde* : lois du 21 mars 1832 et du 27 juillet 1872.

élevées les plus graves difficultés. Ces difficultés proviennent de ce que l'art. 383 ne cite pas comme applicables aux parents naturels les art. 380 à 382, tandis qu'il cite au contraire comme leur étant applicable l'art. 376, qui permet de faire détenir l'enfant par voie d'autorité.

Il s'est produit sur cette question, par rapport aux droits de la mère, des systèmes multiples dont quelques-uns sont séparés seulement par des nuances et d'autres très divergents

Nous devons les passer successivement en revue.

Dans un premier système, on ne reconnaît pas à la mère naturelle le droit de correction; tout au moins ne le lui reconnaît-on pas à elle seule : il lui faudrait, dit-on, pour pouvoir agir le concours du père.

Nous admettons bien, pour le cas où l'enfant aura été reconnu par ses deux parents, que le droit de correction doit leur appartenir ensemble et concurremment : tous deux ont en effet envers l'enfant un titre égal. Mais de cela même il suit, selon nous, qu'on ne peut refuser à la mère seule le droit de correction. La loi ne confère-t-elle pas ce droit aux père *et* mère ? C'est précisément, il est vrai, sur cette particule adjonctive *et*, qui accorde en termes exprès à la mère le droit de correction, qu'on se base pour lui dénier la faculté de l'exercer seule : mais on conviendra que ce raisonnement a tout au moins quelque chose de singulier. Comment admettre que la mère naturelle, quoique tenue d'élever ses enfants, n'ait pourtant pas le droit de correction, alors que la loi le lui reconnaît, et que la mère légitime l'aurait ? Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de s'attarder ici à une réfutation surabondante.

Dans un second système, on admet que la mère a bien

le droit de correction, mais que ce droit ne doit lui être accordé que sous la condition imposée à la mère légitime, c'est-à-dire qu'elle ne pourra faire détenir son enfant sans le concours de deux parents, et ne pourra jamais l'exercer par voie d'autorité, mais seulement par voie de réquisition. Ce système aboutit à comprendre dans l'énumération incomplète de l'art. 383 les art. 380-382 qui y sont omis, et à ne tenir aucun compte du renvoi que fait l'article 383 à l'art. 376 ¹.

Il faut reconnaître qu'on se heurte manifestement ici à la lettre de la loi ; elle n'a pas renvoyé dans l'art. 383 aux art. 380-382 : comment dès lors les appliquer ?

On répond qu'elle ne renvoie pas non plus aux art. 371, 372, 374, que l'on applique pourtant sans difficulté à la mère naturelle. — Mais il n'y a entre les deux cas aucune espèce d'analogie. Il est vrai que l'art. 383 ne renvoie pas à l'art. 371, mais pourrait-on concevoir que la loi ait voulu dispenser les enfants du respect qu'ils doivent à leurs père et mère légitimes ou naturels ? N'avons-nous pas rappelé d'ailleurs diverses dispositions de la loi elle-même qui démontrent qu'elle a considéré l'art. 371 comme applicable aux enfants naturels ? De même, pour les art. 372 et 374, nous avons démontré que l'esprit de la loi commandait d'appliquer ces articles, sans quoi la disposition de l'art. 383 resterait elle-même lettre morte.

Mais il n'en est pas ainsi des art. 380-382. L'énumération de l'art. 383 s'arrête précisément à l'art. 380 exclusivement. Faut-il admettre que ce soit par inadvertance ? Nous ne le pensons pas. Il n'est pas en effet indispensable pour l'exer-

1. Demolombe, t. VI, n^{os} 638 et 647 ; Marcadé, sur l'art. 389, III ; Valette, *Com. de Code civil*, p. 493 ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 249, note a, et p. 250, note a ; Delvincourt, t. I, pp. 250-252.

cice du droit de correction de recourir à l'application de ces articles; bien au contraire, ils sont incompatibles avec la qualité de père et mère naturels. Comment en effet appliquer l'art. 280 au père qui se marie? Cet article parle de père veuf et de père qui se remarie; or, le père naturel n'est pas veuf et on ne peut dire de lui, s'il se marie, qu'il se remarie.

Laissons de côté cet article 380 qui n'intéresse pas directement la mère, mais qu'il était bon de citer pour démontrer l'inapplicabilité pour les père et mère naturels des trois articles que ne vise pas l'art. 383. Passons à l'art. 381 qui, lui, parle de la mère non remariée, ce qui ne peut s'appliquer à la mère naturelle puisqu'elle n'a jamais été mariée. « La mère non remariée, porte l'art. 381, ne peut requérir la détention qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels ». Comment appliquer cette disposition à la mère naturelle? N'est-elle pas incompatible avec la situation de l'enfant naturel, puisqu'il est question du concours de deux parents paternels, et l'enfant naturel, en dehors de ses père et mère, n'a pas de parents: bien plus, nous avons supposé que le père n'était même pas connu.

Ajoutons qu'un des motifs pour lesquels le concours des deux parents paternels est exigé par la loi a été d'épargner à la mère une trop lourde responsabilité, et peut-être des suppositions malveillantes dans ses rapports avec la famille; ce sont là des questions dont n'a pas à se préoccuper la mère naturelle, puisque son enfant n'a pas de famille.

S'il est possible d'interpréter la loi et d'appliquer par analogie certaines de ses dispositions quand son esprit le commande, on ne peut aller ainsi contre sa lettre même

pour étendre ses dispositions à des cas à l'égard desquels il n'existe aucun argument d'analogie, alors que cette extension serait même contraire à son économie générale : ce n'est plus là faire acte d'interprète, mais bien de législateur.

Il reste un troisième article, l'art. 382, qui pourrait tout aussi bien s'appliquer aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes : il s'agit en effet de l'enfant qui possède des biens personnels ou qui exerce un état ; la loi décide que même au-dessous de 16 ans il ne pourra être détenu que par voie de réquisition. Aussi certains auteurs se bornent-ils à ajouter à l'énumération de l'art. 383 ce seul art. 382, en considérant avec nous les art. 380 et 381 comme inapplicables aux parents naturels ¹.

Tout en reconnaissant ce qu'il y a de moins illogique dans ce système, nous croyons que mieux vaut décider qu'aucun des trois articles 380 à 382 ne s'applique aux parents naturels ².

Qu'on ne dise pas que nous argumentons du silence de la loi ; elle a parlé, mais elle s'est bornée à appliquer aux parents naturels quelques-unes seulement des dispositions relatives au droit de correction. Encore une fois ce serait ajouter à la loi que d'étendre à d'autres dispositions cette application. » Quatre de ces dispositions disait le tribun Albisson « clairement désignées, sont communes aux père et mère des enfants naturels ³. »

Ce n'est pas tout : le Code n'a pas reconnu à la mère lé-

1. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 128 bis, V-IX.

2. Duranton, t. III, n° 360 ; Proudhon, t. II, pp. 248-250 ; Taulier, t. I, pp. 484-487 ; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1089 ; MM. Aubry et Rau, § 571, note 3 ; Laurent, t. IV, n° 356-358.

3. Discours au Corps législatif. (Loché, *Législation civile*, t. VII, p. 88, n° 7.)

gitime le droit de faire détenir l'enfant par voie d'autorité et ne lui a laissé que la voie de réquisition : ne serait-ce pas encore méconnaître la volonté du législateur que de restreindre de la même manière les droits de la mère naturelle ? Le texte de l'art. 383 est en effet très précis : il renvoie pour les père et mère à l'art. 376, qui traite de la détention par voie d'autorité, et non à l'art. 375, qui traite de la détention par voie de réquisition. » Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux père et mère des enfants naturels. »

En vain nous demanderait-on de justifier cette différence entre le droit de correction de la mère légitime et celui de la mère naturelle. Nous pourrions nous borner à répondre que cette différence se trouve écrite dans la loi et doit être par cela seul respectée. Mais elle peut d'ailleurs, selon nous, s'expliquer par la différence entre la situation de l'enfant légitime et de celle l'enfant naturel. Ce n'est pas, en effet, dans l'intérêt de la mère, comme l'a prétendu Marcadé, que le droit de correction est ainsi plus étendu pour la mère naturelle : c'est dans l'intérêt de l'enfant. C'est cet intérêt seul qui a fait conférer aux parents le droit de correction, et, s'il en était autrement, nous n'hésiterions pas à le refuser à la mère naturelle. Mais qu'a voulu le législateur ? Que la mère naturelle pût donner à son enfant l'éducation nécessaire : il fallait donc qu'il lui assurât tous les moyens d'accomplir la tâche qu'il lui confiait, tâche qui pouvait, parfois, être plus difficile encore à l'égard de l'enfant naturel qu'à l'égard de l'enfant légitime. Celui-ci, qui a grandi au sein de sa famille, qui a appris à aimer et à respecter tous les siens, sera souvent plus facile à élever ; de plus, la mère aura presque toujours, à côté d'elle, son mari,

dont l'autorité s'imposera à l'enfant. La mère naturelle est, au contraire, dépourvue de tout appui ; en fait de famille, son enfant n'a qu'elle, et nous avons supposé qu'il ne connaissait pas son père. Bien souvent aussi il n'aura pas été élevé à côté de sa mère, et il ne pourra avoir pour elle la même tendresse ni le même respect qu'un enfant légitime ; il se pliera donc moins facilement à sa volonté. Il faut donc reconnaître à la mère naturelle des droits plus étendus qu'à la mère légitime, puisque c'est de l'intérêt de l'enfant lui-même qu'il s'agit, et il n'y a rien là que de moral¹.

Ajoutons que si la mère abusait de son droit, le recours serait toujours ouvert devant les tribunaux auxquels nous reconnaissons un pouvoir discrétionnaire : ce serait à eux d'intervenir si la mère faisait usage des droits que lui confère la loi non dans l'intérêt de ses enfants, mais contre cet intérêt.

La mère naturelle, entièrement libre et maîtresse, ainsi que nous venons de l'établir, quand elle exerce sur ses enfants le droit de correction, sera libre aussi d'abrégier la durée de la détention ; nous avons d'ailleurs reconnu à la mère légitime elle-même ce droit de pardon sans l'obliger à recourir au concours des deux parents paternels, concours qui n'est exigé, selon nous, que pour la détention elle-même.

La mère naturelle, par cela même qu'elle exerce la puissance paternelle, doit nécessairement avoir le droit d'émanciper ses enfants. Ce droit lui est d'ailleurs presque unanimement accordé². Nous aurons seulement à revenir

1. Oudot, *le Droit de famille*, pp. 343 et 344 ; Laurent, t. IV, n° 358.

2. *Contrà* : Rolland de Villargues, n° 302.

sur cette question lorsqu'il s'agira de l'hypothèse où l'enfant est reconnu à la fois par son père et par sa mère, et nous aurons alors à nous demander auquel des deux appartiendra le droit de l'émanciper.

La mère aurait-elle en conformité de l'art. 935, le droit d'accepter une donation faite à son enfant naturel?

Malgré certaines autorités contraires, nous pensons qu'il faut répondre affirmativement.

Ce système a pour lui la tradition de l'ancien droit ¹. Il est vrai que l'ordonnance de 1731, pas plus que le Code civil, ne statuait à l'égard des parents naturels, et l'on ne peut, nous dit-on, étendre au titre de parenté naturelle les effets légaux attachés à un titre de famille lorsque la loi elle-même n'a pas consacré cette extension ². — Nous pensons cependant que, comme il ne s'agit ici que d'une disposition admise dans le seul intérêt de l'enfant, il n'y a aucun inconvénient à l'étendre aux parents naturels ; nous adopterions au contraire une solution opposée s'il s'agissait, non pas d'une mesure de protection pour l'enfant, mais d'un avantage pour ses père et mère ³.

Les père et mère naturels ont aussi des droits sur les biens de leurs enfants. Quels sont ces droits ? Et d'abord faut-il comprendre l'administration légale des biens de ces enfants ? — Nous aurons à traiter ultérieurement cette question, qui se pose surtout dans le cas où l'enfant a été reconnu à la fois par ses deux auteurs. Constatons seulement dès à présent que deux

1. Furgole, question III, *Sur les donations*, n° 27, t. VI, p. 27.

2. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 74 bis, VIII.

3. Coin-Delisle, p. 201, n° 10; Demolombe, t. XX, n° 190; Laurent, t. XII, n° 248.

systèmes sont en présence. Les uns veulent que l'enfant naturel soit placé sous tutelle dès le jour de sa naissance. Les autres admettent que tant que les père et mère ou *l'un d'eux* vivra, l'enfant ne sera pas placé sous tutelle, et que par suite la mère (ou le père) aura l'administration légale de ses biens. Nous expliquerons pourquoi nous penchons vers un système mixte entre ces deux solutions opposées, système qui accorderait aux père et mère naturels l'administration légale tant que les deux seraient vivants ; mais d'après lequel, si l'un des deux parents était mort, ou si l'enfant n'avait été, comme nous le prévoyons ici, reconnu que par l'un d'eux, l'administration légale devrait faire place à la tutelle.

Une autre difficulté surgit de cette solution même : la mère aura-t-elle la tutelle légale ? — La question est des plus controversées.

Nous estimons que la tutelle légale doit être reconnue à la mère naturelle. En vain nous opposerait-on l'absence de texte ; il n'y a pas de texte non plus pour accorder aux père et mère naturels la puissance paternelle, et pourtant on ne fait aucune difficulté à la leur reconnaître. C'est qu'en effet les arguments d'analogie sont ici tellement puissants qu'ils conduisent nécessairement à étendre aux père et mère naturels, aussi bien pour la tutelle que pour la puissance paternelle, les dispositions relatives aux père et mère légitimes.

Nous n'admettons d'exception que pour le cas où les dispositions légales relatives à la tutelle se trouveraient inapplicables par suite de la situation spéciale des père et mère naturels et de leurs enfants.

En fait, si l'enfant possède des biens, il faut que ces biens soient administrés, et que l'on assure à l'enfant

les garanties nécessaires par rapport à leur administration ; une tutelle doit donc être organisée. N'est-ce pas la mère qui sera la meilleure protectrice de l'enfant, alors surtout qu'il s'agit d'un enfant naturel ? Qui aura plus d'affection , plus de dévouement qu'elle pour cet être débile qui n'a ni famille, ni amis ? Est-ce à un étranger qu'il faudra conférer une charge que la mère ne demande pas mieux que de remplir ? S'il n'y a pas de texte pour établir une tutelle légale de la mère naturelle, il n'y en a pas non plus pour décider que la tutelle des enfants naturels sera dative : est-ce à dire qu'il n'y aura jamais de tutelle pour les enfants naturels, même au cas où l'enfant n'a plus de parents qui l'aient reconnu ? Il n'y aurait pas non plus d'administration légale, puisque la loi est également muette sur ce point, et l'enfant resterait donc sans protection, ce qui est inadmissible.

Puisque c'est sur les textes qu'on se base, il importe de faire remarquer que le texte qui établit la tutelle dative pour les enfants légitimes ne peut même pas être étendu par analogie aux enfants naturels qui ont encore leur mère, puisqu'il porte en termes exprès (art. 405) que, « tant que l'enfant aura son père ou sa mère », le conseil de famille ne pourra lui nommer un tuteur. On peut au contraire appliquer par analogie aux père et mère naturels l'art. 390 qui défère la tutelle légale aux père et mère légitimes. Peu importe que cet article prévoie le cas de dissolution du mariage, dissolution qui n'a pas lieu dans notre cas : il est question aussi mariage dans l'art. 203 qui traite de l'obligation de nourrir, d'élever, et d'entretenir les enfants, et l'on ne fait pas de difficulté pour l'étendre aux père et mère naturels.

Ajoutons que la loi a considéré la tutelle légale comme

bien supérieure à la tutelle dative, et comme atteignant mieux le but qu'elle s'est proposé, à savoir, de sauvegarder les intérêts de l'enfant. Comment dès lors refuser à l'enfant naturel une protection dont il a plus besoin encore que l'enfant légitime ? Il y a en effet, pour celui-ci, un conseil de famille composé de parents qui tous s'intéressent à lui, et qui lui choisiront pour tuteur une personne sur la capacité et sur l'affection de laquelle il pourra compter. Le conseil de famille de l'enfant naturel se composera, au contraire, d'étrangers, d'indifférents, et son choix n'offrira évidemment que de bien moindres garanties.

La loi a reconnu aux père et mère naturels le droit de consentir au mariage de leurs enfants, le droit de correction, le droit de succession (art. 158, 383 et 765) ; elle leur a conféré en un mot la puissance paternelle : or, la tutelle légale n'est qu'un attribut de cette autorité, elle doit par conséquent leur être attribuée au même titre. Dans le silence de la loi, il faut appliquer par analogie les dispositions les plus favorables aux enfants et celles qui peuvent le mieux sauvegarder leurs intérêts.

Une grande partie de la doctrine et de nombreux auteurs reconnaissent avec nous aux père et mère naturels le droit à la tutelle légale ¹. La tutelle dative compte cependant

1. Marchand, *de la Minorité*, p. 110 ; Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 537 ; Cubain, *du Droit des femmes*, n° 82 ; Delvincourt, t. I, p. 269 ; Vazeille, *du Mariage*, t. II, p. 478 ; Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 52 ; Chardon, *de la Puissance paternelle*, n° 80 ; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 180 ; Taulier, t. II, p. 22 ; Zachariæ, § 571, note 8 ; Aubry et Rau, § 571, note 12. — *Addé* : Bruxelles, 4 février 1811 (Daloz, v° *Minorité*, n° 492-1°) ; Grenoble, 21 juillet 1836 (Daloz, *ead. verbo*, n° 686-2°) ; Douai, 13 février 1844 (Sirey, 44, 2, 79) ; Cass., 29 avril 1850 (Sirey, 50, 1, 702) ; Douai, 22 juillet 1856 (Sirey, 1856, 2, 33) ; Caen, 22 mars 1860 (Sirey, 60, 2, 610) ; Poitiers, 1^{er} août 1870 (Sirey, 1871, 2, 214).

aussi de nombreux partisans, qui peuvent s'appuyer de leur côté sur un certain nombre d'arrêts¹.

La jurisprudence paraît cependant fixée dans le sens que nous avons soutenu.

Nous admettons également que la mère naturelle peut nommer à son enfant un tuteur testamentaire. Les motifs qui ont déterminé le législateur à reconnaître ce droit à la mère légitime s'appliquent *a fortiori* à la mère naturelle. Comme nous venons de le rappeler, l'enfant naturel n'a pas la protection d'un conseil de famille composé de parents², assurée aux enfants légitimes, et il n'y a pas non plus pour lui comme pour l'enfant légitime de tutelle des ascendants.

Laissons provisoirement de côté la question de savoir si les art. 395 et 396 sont applicables à la mère naturelle, comme aussi les art. 399 et 400. Nous l'examinerons en traitant de la mère naturelle mariée.

Mais demandons-nous si la mère naturelle a, comme la mère légitime, la jouissance légale des biens de ses enfants?

La négative est presque unanimement enseignée³.

La jouissance légale est en effet une récompense que la loi accorde aux père et mère légitimes, et l'on comprend que cette récompense n'ait pas été admise au profit des père et mère naturels.

1. Merlin, *Questions de droit*, v^o *Tuteur*, § 4; Duranton, t. III, n^o 431; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 490; Richefort, *Etat des familles*, t. II, p. 273; Marcadé, sur l'art. 390, II; Demolombe, t. VIII, n^o 382-385; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n^o 438 bis; Giraud de Vasson, *Revue critique de législation*, 1857, t. XI, p. 363.

2. Taulier, t. II, p. 22; Laurent, t. IV, n^o 416. — *Contra* : Demolombe, t. VIII, n^o 386.

3. Voir pourtant en sens contraire : Salviat, de l'*Usufruit*, t. II, p. 110; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 550; Favard, *Rép.*, v^o *Enfants naturels*, § 2, n^o 2 (Dalloz, v^o *Puissance paternelle*, n^o 196).

D'un autre côté, la loi n'ayant reconnu aux enfants naturels que des droits restreints sur la succession de leurs père et mère naturels, il est logique de ne pas non plus accorder à ceux-ci des droits aussi étendus sur les biens de ces enfants.

La concession de la jouissance légale aux père et mère naturels risquerait d'ailleurs de déterminer des reconnaissances qui ne seraient faites que dans une vue de lucre.

La volonté du législateur s'est nettement manifestée à cet égard, car la rédaction primitive de l'art. 383, qui accordait aux père et mère naturels tous les droits conférés aux père et mère légitimes, par le Titre de la Puissance paternelle, a été modifiée parce qu'elle semblait conçue en termes trop généraux, et parce qu'elle semblait conférer aux père et mère naturels le droit de jouissance légale : ce qui était absolument contraire aux vœux des rédacteurs du Code civil.

SECTION II

DROITS ET DEVOIRS DE LA MÈRE NATURELLE QUI EST MARIÉE

§ 1^{er}

DEVOIRS DE LA MÈRE NATURELLE MARIÉE

On doit supposer que la mère s'est mariée avec un autre que le père reconnu de l'enfant, sinon le cas ne présenterait aucune difficulté spéciale ; les enfants seraient légitimés et la mère ne serait plus la seule ascendante de l'enfant.

Le mariage de la mère, au cas où il n'en résulte pas légitimation, ne la dispense certainement pas de l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever ses enfants, non plus que de l'obligation de leur fournir des aliments lorsqu'ils sont dans le besoin.

Il en est ainsi tout au moins au cas où la reconnaissance a été faite avant le mariage ; mais elle peut n'avoir lieu qu'après, et, dans ce cas, l'art. 337 décide pour la mère comme pour le père, que cette reconnaissance ne peut nuire ni au conjoint ni aux enfants issus du mariage. Faut-il en conclure que la mère ne pourra élever ses enfants ainsi reconnus ni leur fournir des aliments en cas de besoin ?

Il est certain que les frais nécessités par l'éducation de ces enfants diminueraient d'autant le patrimoine de la mère, et que par conséquent la reconnaissance aurait pour effet de nuire à l'époux et aux enfants nés du mariage. On n'a pas été jusqu'à en conclure qu'il faille toujours en ce cas refuser à l'enfant tout droit à l'éducation et aux aliments. Mais les auteurs ne s'entendent pas sur l'étendue de ces droits. D'après quelques-uns, les enfants ne pourraient réclamer des aliments que si leur mère était mariée sous le régime de la séparation de biens, ou que sur les biens paraphernaux seulement, si elle était mariée sous le régime dotal.

De plus, on ne leur accorde ce droit que pendant la vie de la mère, de sorte qu'à son décès ces enfants naturels n'auraient aucun droit sur sa succession¹.

Nous ne voyons pas, quant à nous, de motifs à ces distinctions. D'une part, il est incontestable que la reconnais-

1. Demolombe, t. V, n° 472. — Zachariæ, t. IV, p. 63, lui reconnaît le même droit de succession.

sance nuirait au mari ou aux enfants, même au cas de séparation de biens. La loi ne confère-t-elle pas en effet au mari séparé de biens le droit au tiers des revenus de sa femme ? Si ces revenus se trouvent diminués par suite des charges qu'impose à la mère la reconnaissance, le tiers sera diminué d'autant, et par conséquent le mari et les enfants se trouveront lésés. D'autre part, au cas d'existence de biens paraphernaux, s'il n'y a plus lieu à cette observation, il reste toujours vrai, dans ce cas comme dans le cas précédent, que le patrimoine de la mère sera diminué de tout ce qu'elle peut donner à ses enfants naturels, et que par conséquent la reconnaissance nuira au mari et aux enfants issus du mariage. Il faut selon nous opter nettement entre les deux partis : ou refuser toujours et absolument aux enfants naturels reconnus après le mariage tout droit aux aliments sur les biens de la mère mariée ¹, ou le leur reconnaître dans tous les cas et sous tous les régimes.

C'est à ce dernier parti que nous croyons devoir nous arrêter. La dette alimentaire est une dette sacrée ; on peut concevoir que la loi refuse aux enfants le droit de succession, mais il serait inadmissible de leur enlever même le droit aux aliments, c'est-à-dire de les priver du droit de vivre, parce que leur mère s'est mariée.

Pour nous, les aliments ne sont nullement visés dans l'art. 337 qui, s'il est général et sans restriction, n'en doit pas moins être entendu dans une mesure raisonnable, *exceptis excluendis* ².

1. Laurent, t. IV, n° 433. Cf., Mourlon, t. I, p. 482.

— 2. Marcadé, sur l'art. 337, II. — Cf. Agen, 17 mars 1817 (Daloz, v° *Paternité*, n° 700-4°). — La jurisprudence est, cependant, généralement contraire à la thèse que nous venons de soutenir ; la Cour suprême a cassé un arrêt de la Cour de Paris qui mettait à la charge de la communauté l'obligation alimentaire envers les enfants naturels. Paris, 9 mars 1860 (Daloz, 1860, 2, 148), et Cass., 16 décembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 285.)

§ II

DROITS DE LA MÈRE NATURELLE MARIÉE

La mère naturelle mariée continue d'exercer sur ses enfants les mêmes droits qu'avant son mariage; c'est ainsi qu'elle conserve le droit de garde, et nous lui avons même reconnu le droit de correction, en établissant que l'art. 381 ne s'appliquait pas à la mère naturelle. Il faut réserver bien entendu la faculté pour les tribunaux d'enlever à la mère ces droits ou de les restreindre, au cas où ils jugeraient par exemple que la maison de la mère n'est pas un domicile convenable; ou encore dans le cas où, sous l'influence de son mari, elle abuserait sans raison de son droit de correction.

La mère continuant d'exercer la puissance paternelle conserve le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse de ses enfants. C'est également elle qui aura seule le droit de les émanciper sans qu'il y ait lieu que son mari intervienne pour l'autoriser. Il va de soi encore que les tribunaux pourraient, s'ils avaient enlevé à la mère le droit de garde, annuler une émancipation frauduleuse qui n'aurait eu pour but que de rendre vaine leur décision.

Le mariage de la mère naturelle aurait-il une influence sur la tutelle exercée par elle et serait-elle tenue, comme la mère légitime, de se soumettre aux art. 395 et 396?

Tout en admettant qu'il y a pour la mère naturelle une tutelle légale, nous nous prononcerons, avec Taulier ¹,

1. T. II, pp. 22 et 23. — *Contra* : Demolombe, t. VIII, nos 387-389; MM. Aubry et Rau, § 571, note 15; Req., 31 août 1815 (Sirey, 1815, 1, 361); Caen, 22 mars 1860 (Sirey, 1860, 2, 610).

contre l'application à la mère naturelle des art. 395 et 396. Ces articles ne visent en effet que la mère *remariée*. Ajoutons qu'il y a lieu d'invoquer encore ici un argument que nous avons déjà produit : on ne peut accorder à un conseil de famille, tel que le comporte la situation d'un enfant naturel, plus de confiance qu'à la mère ; c'est elle qui sera la vraie protectrice de cet enfant, et il serait même contraire aux intérêts de l'enfant que le conseil de famille pût lui enlever la tutelle et la confier à un étranger.

De même nous reconnaitrons à la mère naturelle mariée le droit de nommer à son enfant un tuteur testamentaire sans que cette nomination soit soumise à la formalité prescrite par l'art. 400.

La mère naturelle mariée perd le droit de disposer librement de ses biens pour procurer un établissement ou fournir une dot à son enfant. Elle devrait nécessairement recourir à l'autorisation de son mari, et nous ne croyons pas que, même avec cette autorisation, elle pût disposer à cet effet de ses biens dotaux : l'art. 1555 ne s'applique qu'aux enfants légitimes, aux enfants nés d'un précédent mariage. On ne peut d'ailleurs s'étonner que la loi, qui a toujours traité plus sévèrement les enfants naturels que les enfants légitimes, ait cru devoir se montrer moins favorable à leur établissement par mariage ou autrement qu'à celui des enfants légitimes.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DE LA MÈRE NATURELLE LORSQUE L'ENFANT A ÉTÉ RECONNU A LA FOIS PAR ELLE ET PAR LE PÈRE

Le premier point à résoudre est celui de savoir si l'enfant prendra le nom de son père ou celui de sa mère.

Dans un premier système, on répond que ce sera toujours et sans distinction le nom du père.

Nous croyons, quant à nous, qu'une distinction s'impose. Nous sommes d'accord pour attribuer à l'enfant le nom du père si c'est le père qui le premier l'a reconnu. Mais s'il a été au contraire reconnu d'abord par la mère, nous estimons que c'est le nom de la mère que l'enfant devra porter, sauf à ajouter, s'il le désire, le nom de son père à celui qu'il portait déjà comme enfant reconnu par la mère. On peut tirer un argument d'analogie du nouvel article 8 (§ 1^{er}) du Code civil (article modifié par la loi sur la nationalité du 26 juin 1889) : aux termes de cette article, l'enfant naturel suit la nationalité de celui de ses père et mère qui l'a reconnu le premier.

Que si l'enfant a été reconnu dans le même acte par le père et par la mère, il devra, selon nous, prendre le nom du père : c'est d'ailleurs encore la solution qu'a admise pour la nationalité la loi de 1889 (art. 8-1^o C. civ.)

Si les deux parents ont reconnu l'enfant naturel, l'obligation de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever pèsera sur tous les deux ; ils devront donc y contribuer en proportion de leurs moyens. Mais lequel exercera sur lui la puissance paternelle ? A qui appartiendra le droit de garde et celui de correction ?

C'est là une question très controversée ; mais on est d'accord sur un point : c'est que les tribunaux ont le pouvoir de trancher les différends qui pourraient s'élever à cet égard entre les père et mère.

Mais en dehors de leur intervention, à qui devrait être régulièrement reconnue l'autorité paternelle ?

D'après un premier système, il y aurait lieu d'appliquer aux père et mère naturels l'art. 373, suivant lequel cette autorité doit appartenir au père ¹.

Nous ne pouvons, quant à nous, partager cette opinion. La situation respective du père et de la mère naturels n'est nullement celle de deux époux. Ils vivent le plus souvent séparés, et le père n'a pas de puissance maritale à exercer sur la mère de son enfant. Pourquoi, dans ce cas, accorder au père une pareille préférence en ce qui touche à la puissance paternelle. Si la loi accorde au père légitime seul l'exercice de cette puissance, c'est parce qu'il est le chef de la famille ; mais ici il n'y a pas de famille, et l'autorité d'un chef n'est pas nécessaire. La loi ne l'a-t-elle pas reconnue elle-même en décidant, comme nous l'avons vu, qu'au cas de divorce la puissance paternelle n'appartient plus au père seul, et en attribuant à la mère, en même temps qu'au père, le droit de surveiller

1. Demolombe, t. VI, n° 629 ; Marcadé, sur l'art. 383, II ; Taulier, t. I, p. 488 ; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 173 ; MM. Aubry et Rau, § 571, note 8.

l'éducation de l'enfant commun? Du moment qu'il n'y a pas de mariage, il n'y a pas de puissance paternelle exclusivement réservée au père, et la mère, n'étant pas, comme pendant le mariage, soumise à l'autorité maritale, doit avoir les mêmes droits que le père.

En vain invoquerait-on l'art. 158 qui, renvoyant à l'art. 159, reconnaît au père naturel la prépondérance quand il s'agit du mariage de l'enfant. Autre chose est un acte unique comme le mariage, et autre chose l'exercice de la puissance paternelle qui implique le droit d'intervenir personnellement dans tous les actes relatifs à l'éducation de l'enfant. La loi a bien pu penser que le jugement du père pourrait être meilleur, relativement au mariage de l'enfant, que celui de la mère et lui accorder à cet égard plus d'autorité; il fallait nécessairement d'ailleurs accorder à l'un ou l'autre la prépondérance au cas de dissentiment. Mais il ne s'ensuit nullement que le père ait plus d'aptitude que la mère pour régler la direction à donner à l'éducation de l'enfant.

Il résulte de ce que nous venons d'établir que si la garde de l'enfant a été confiée à l'un de ses parents, l'autre conservera néanmoins l'exercice de la puissance paternelle et pourra intervenir pour surveiller l'éducation de son enfant, et s'opposer à ce qu'il soit prise telle mesure qui ne lui paraîtrait pas protéger suffisamment les intérêts de l'enfant.

De ce que les deux parents ont un droit égal à la puissance paternelle ¹, il suit qu'il peut s'élever des conflits entre la volonté du père et celle de la mère par rapport à

1. En ce sens : MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 128 *bis*, II; Toullier, t. II, n° 1076; Duranton, t. III, n° 360; Laurent, t. IV, n° 348 et 349.

l'exercice de ces droits. Qui sera appelé à trancher ces conflits ? Nous l'avons dit ¹ : ce sont les tribunaux, et ils pourront prendre toutes les mesures que réclamerait l'intérêt du mineur ; c'est ainsi qu'ils pourraient enlever à la mère le droit de garde pour le confier au père, ou à l'inverse dépouiller celui-ci de ce droit, dont il peut se trouver indigne, pour le confier à la mère. Ils pourraient même, au cas où ni le père ni la mère ne rempliraient consciencieusement leur devoir, leur enlever la garde de l'enfant et remettre entre les mains d'une tierce personne ².

Cette décision, déjà admise avant la loi de juillet 1889, a été confirmée et précisée par cette loi.

Lequel, du père ou de la mère, exercera le droit de correction ? Sera-ce le père seul ou tous les deux ?

De nombreux auteurs se sont prononcés pour l'attribution de ce droit au père seul ³. Nous préférons, quant à nous, le système contraire. En effet, nous venons de voir que l'autorité paternelle n'appartient pas au père seul : la mère partage cette autorité ; elle doit donc posséder aussi le droit de correction, puisque le législateur n'en a pas réservé l'exercice au père seul. Quel que soit celui des deux parents qui aura la garde de l'enfant, il aura le droit de provoquer sa détention, mais l'autre parent pourra tou-

1. Cf. *suprà*, p. 614.

2. Pau, 13 février 1822 (Sirey, 1823, 2, 89). La Cour de Pau, par cet arrêt, confiait les enfants à la mère et réservait au père un droit de surveillance. — *Addé* : Caen, 27 août 1828 (Sirey, 1830, 5, 245) ; Bruxelles, 23 décembre 1830 (Sirey, 1831, 2, 57) ; Paris, 4 juillet 1836 (Sirey, 1838, 2, 444) ; Lyon, 8 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 441) ; Bruxelles, 8 août 1864 (Pasicrisis belge, 1864, 2, 32), et 3 avril 1867 (Pasicrisis, 1867, 2, 270). Ces deux derniers arrêts, à l'inverse de celui de Pau, confiaient la garde des enfants au père en réservant à la mère le droit de surveillance.

3. De Belleyme, *Ordonnances sur référés*, t. I, p. 15, note 3 ; Demolombe, t. VI, n° 637 ; Massé et Vergé, t. I, p. 335 ; Aubry et Rau, § 57, note 4 Marcadé, sur l'art. 383, II.

jours intervenir, et tous deux concourront ainsi à l'exercice du droit de correction ¹.

Nous n'avons examiné jusqu'à présent les droits des parents que par rapport à la personne de l'enfant. Il nous reste à traiter de leurs droits par rapport aux biens que l'enfant pourrait posséder.

Nous avons déjà signalé dans la doctrine un dissentiment sur ce point : les uns veulent que l'enfant soit placé en tutelle, les autres que les parents aient l'administration légale des biens ². C'est ce dernier avis que nous préférons.

Pourquoi en effet mettre l'enfant naturel en tutelle, lorsqu'il a encore ses père et mère ? On objecte qu'il n'y a pas de texte qui accorde aux parents naturels l'administration légale. Il suffit de répondre qu'il n'y a pas de texte non plus qui fasse ouvrir en ce cas la tutelle, et que s'il fallait, dans le silence de la loi, s'abstenir, il en résulterait que l'enfant naturel serait laissé sans protection. Il y a un texte qui accorde au père le droit d'administration légale (art. 380). Cet article se réfère seulement au père légitime, il est vrai, puisqu'il parle de mariage, mais il en est de même de l'art. 203 qu'on ne fait aucune difficulté pour l'étendre aux père et mère naturels.

Nous croyons donc qu'il y a lieu non à tutelle, mais à administration légale. Seulement, comme ici il n'y a pas mariage, ce droit d'administration ne doit pas nécessairement être attribué au père : il doit appartenir à celui, du père ou de la mère, qui a la garde de l'enfant, sauf à réserver à l'autre le droit de surveillance ³. On objecte que

1. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 128 bis, III ; Laurent, IV, n° 356.

2. Favard, *Rép.*, v° *Enfants naturels*, § 3, n° 2 ; Laurent, t. IV, n° 359.

3. La Cour de Pau, dans l'arrêt que nous avons déjà cité, confiait à la

la situation n'est pas la même qu'au cas de mariage, et que si la loi accorde au père l'administration légale pendant le mariage, c'est parce que la mère est là et joue en quelque sorte le rôle de subrogé-tuteur. Mais n'en est-il pas de même pour la mère naturelle? Si elle n'a pas à jouer le rôle d'un subrogé-tuteur dans le cas où l'administration a été confiée au père, elle a néanmoins plus de droits que la mère légitime, puisqu'elle a, comme le père, l'exercice de la puissance paternelle; elle pourra donc surveiller l'administration du père et s'adresser aux tribunaux dès qu'elle le croira utile.

Si nous accordons le droit d'administration légale à la mère aussi bien qu'au père naturel tant que tous deux vivent encore, nous ne croyons pas devoir aller jusqu'à dire qu'il faudrait reconnaître le même droit au survivant.

En effet, en ce cas le contrôle de l'autre parent n'existe plus et les intérêts du mineur risqueraient d'en souffrir. Il y a donc lieu à l'organisation d'une tutelle, institution qui offre, comme on sait, de tout autres garanties que l'administration légale.

Nous avons dit que nous admettions pour le survivant des père et mère naturels le droit à la tutelle légale. Ajoutons que le droit de la mère naturelle est, à notre avis, plus étendu que celui de la mère légitime, puisque le père ne peut nommer à la mère un conseil de tutelle : il ne peut en effet (art. 394) porter aucune atteinte à l'intégrité des droits de la mère, puisqu'il n'exerce sur elle aucune autorité conjugale ou autre ¹.

mère, en même temps que la garde de l'enfant, l'administration légale. 13 février 1822 (Dalloz, v^o *Puissance paternelle*, n^o 196).

1. MM. Aubry et Rau, § 571, note 14.

La solution que nous avons adoptée par rapport à l'administration légale nous donnera celle de la question de savoir chez lequel des père et mère sera le domicile légal de l'enfant naturel.

Ce domicile sera chez celui des deux qui aura l'administration légale ¹. N'est-ce pas là en effet que se trouve le centre des affaires du mineur? Il faut bien, d'ailleurs, s'attacher à ce point, sinon rien ne déterminerait la fixation de ce domicile plutôt chez l'un que chez l'autre des père et mère, puisque la mère aussi bien que le père a la puissance paternelle.

Reste la question d'émancipation. Certains auteurs ² appliquent aux parents naturels l'art. 477 qui ne confère à la mère le droit d'émanciper son enfant qu'à défaut du père. Ce système paraît avoir été admis par un arrêt de la Cour de Limoges ³.

Nous pensons au contraire qu'il ne faut pas étendre aux père et mère naturels la disposition de l'art. 477. Pourquoi, en effet, le père légitime a-t-il seul ce droit pendant sa vie? Parce que seul aussi, pendant sa vie, il exerce la puissance paternelle. Dans le cas de filiation naturelle, au contraire, la mère partage avec le père l'autorité paternelle, et il ne peut appartenir au père seul d'y mettre fin et de l'enlever ainsi à la mère. Il faut donc, selon nous, décider que le droit d'émanciper appartient concurremment aux deux parents naturels, de même que l'autorité dont il n'est qu'un des attributs ⁴.

1. Cf. Laurent, t. II, n° 88; MM. Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 132 bis, III.

2. Duranton, t. III, n° 657.

3. Arrêt 2 janvier 1821 (Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 197).

4. Cf. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 242 bis, I; Laurent, t. V, n° 204, et t. IV, n°s 348 et 349.

CHAPITRE III

DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DES ENFANTS QU'ELLE A RECONNUS, ET DROITS DES ENFANTS SUR LES BIENS DE LEUR MÈRE

Cette question n'offrant pas de difficulté spéciale à la condition de la mère, nous ne nous en occuperons que très brièvement.

Nous avons déjà vu que la mère naturelle n'avait, à la différence de la mère légitime, aucun droit d'usufruit sur les biens de ses enfants. Elle n'a donc sur les biens de ses enfants naturels que sa créance alimentaire et son droit de succession.

En ce qui concerne le droit aux aliments, on s'accorde en général à l'accorder aux parents naturels, par analogie de l'art. 207, bien que ce droit ne soit consacré par aucun texte. La jurisprudence paraît fixée à cet égard. Elle est d'ailleurs conforme à une opinion déjà admise dans l'ancien droit ¹.

La mère naturelle a aussi un droit de succession sur les

1. Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n° 11; Chabot, *des Successions*, sur l'art. 756, n° 37; Cass., 27 août 1811 (Dalloz, v° *Paternité*, n° 565; Bordeaux, 30 mars 1837 (Sirey, 1837, 2, 483). — Voir pourtant Laurent, t. III, n° 60.

biens laissés par ses enfants décédés sans postérité, et elle l'a à l'exclusion des frères naturels, à la différence de ce qui se passe pour la succession légitime (art. 965).

A-t-elle droit à une réserve ? La question est, on le sait, discutée. La Cour de cassation, après avoir d'abord reconnu aux père et mère naturels un droit de réserve¹, est revenue ensuite² sur sa première jurisprudence dans laquelle ont persisté un certain nombre de Cours d'appel.

Passons aux droits des enfants naturels sur les biens de la mère.

Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler qu'ils avaient droit à des aliments ; ils ont en outre un droit de succession. Le Code civil s'est montré à cet égard plus équitable que l'ancien droit, qui ne leur accordait qu'une créance alimentaire ; d'autre part, il a sagement réagi contre l'excès contraire dans lequel était tombé le droit intermédiaire (Loi de 1793 et loi de nivôse an II), en assimilant la postérité naturelle à la postérité légitime.

La quotité successorale à laquelle ont droit les enfants naturels varie d'après le nombre des enfants légitimes ou des autres parents existants, et ils ne succèdent à la totalité que si la mère ne laisse pas de parents au degré successible.

On s'accorde généralement à reconnaître à l'enfant naturel un droit de réserve³, et à calculer ce droit d'après la part attribuée à l'enfant naturel dans la succession avec la même proportion que pour la réserve de l'enfant légitime, proportion basée sur le nombre des enfants.

1. Cass., 3 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 88).

2. Req., 26 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 21) ; Cass., 12 décembre 1865, Chambres réunies (Dalloz, 1865, 1, 457).

3. *Contra* : Chabot, *des Successions*, t. I, n° 16 de l'art. 756 ; Laurent, t. XII, n° 40 ; Rouen, 3 juillet 1820 (Dalloz, v° *Successions*, n° 307).

CHAPITRE IV

INFLUENCE DE LA NATIONALITÉ DE LA MÈRE NATURELLE SUR LA NATIONALITÉ DE L'ENFANT

Lorsque l'enfant n'a été reconnu que par l'un des père et mère, aucune difficulté ne peut exister : l'enfant a la nationalité du parent qui l'a reconnu ¹. La question devient délicate, au contraire, si l'enfant a été reconnu à la fois ou successivement par son père et par sa mère, qui se trouvaient être de nationalité différente. Elle était l'objet de vives controverses, qui ont été tranchées par la loi du 26 juin 1889.

Cette question avait donné lieu à des systèmes très nombreux.

D'après certains auteurs, l'enfant devait toujours suivre la condition de la mère ; c'était la solution de l'ancien droit, qui l'avait lui-même emprunté au droit Romain ².

Suivant un second système, l'enfant devait avoir le droit

1. Il faut une reconnaissance pour que l'enfant suive la condition de son père ou de sa mère. Si l'on s'était borné seulement à indiquer dans l'acte de naissance le nom de la mère, cette indication ne serait pas suffisante pour déterminer la nationalité de l'enfant ; il serait considéré comme né de père et mère inconnus et il serait en conséquence Français, pourvu qu'il soit né en France, conformément à l'article 1^{er}-2^o de la loi du 26 juin 1889.

2. L. 19 et 24, Dig., *De stat. hom.*, §§ 1 et 5 ; Duranton, t. 1, n° 123 et suivants ; Coin-Delisle, n° 11, art. 10.

de choisir entre la nationalité du père et celle de la mère. En effet, disait-on, par le fait des deux reconnaissances, il a acquis deux nationalités et la loi ne lui a enlevé le bénéfice d'aucune des deux. D'un autre côté, nul ne peut avoir deux nationalités : donc l'on concluait que ce serait à l'enfant qu'il appartiendrait de choisir entre la nationalité de sa mère et celle de son père ¹.

Un troisième système, qui avait la prépondérance dans la doctrine et qui se prévalait, en outre, de l'autorité de la jurisprudence, admettait que l'enfant reconnu par ses père et mère devait toujours suivre la nationalité du père ².

La règle qu'a inaugurée la loi de 1889 est infiniment plus logique : elle consiste à décider que l'enfant suivra la nationalité de celui de ses parents qui l'aura reconnu le premier, ou dont la filiation aura été la première constatée par jugement. Que si la double filiation a été constatée dans un même acte ou dans un même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père.

Nous venons de dire que cette règle est éminemment logique : en effet, l'enfant qui a été reconnu par l'un de ses parents, que ce soit son père ou sa mère, a acquis une nationalité ; si ensuite l'autre parent vient à le reconnaître, pourquoi lui conférer une nouvelle nationalité puisqu'il en a déjà une, et surtout pourquoi lui enlever le bénéfice de la première reconnaissance en lui faisant perdre la nationalité qu'il avait d'abord acquise, comme

1. Richefort, t. I, n° 66 ; Laurent, t. I, n° 331.

2. Demolombe, t. I, pp. 149 et 150 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 18 bis, I ; Delvincourt, t. I, p. 15 ; Lagrange, *Examen crit.*, p. 61 ; Vallette, sur Proudhon, t. I, p. 122 ; Aubry et Rau, § 69, note 4 ; Douai, 19 mai 1835 (Sirey, 1836, 2, 97) ; Req., 15 juillet 1840 (Sirey, 1840, 1, 900) ; Metz, 8 août 1855 (Sirey, 1857, 2, 35).

le faisaient le premier et le troisième système que nous avons exposés ?

On ne peut donc qu'applaudir à cette heureuse modification de la législation.

TITRE II

EFFETS JURIDIQUES DE LA MATERNITÉ ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE

Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que de la mère naturelle qu'on peut désigner sous le nom de mère naturelle simple, de même qu'on parle d'enfants naturels simples, pour les distinguer des enfants adultérins ou incestueux. C'est de la mère adultérine ou incestueuse qu'il nous reste à dire un mot.

La loi a défendu la recherche tant de la maternité que de la paternité adultérine ou incestueuse (art. 335 et 342). Mais il peut se faire que cette filiation soit constatée par un jugement sur une action en désaveu, ou qu'elle résulte, par voie de conséquence, d'un jugement prononcé sur une demande en nullité de mariage : quelle sera en ce cas la situation des enfants et quels seront leurs droits ?

La loi n'accorde aux enfants adultérins ou incestueux que des aliments : et encore ne les leur accorde-t-elle expressément que sur la succession de leurs père et mère (art. 762). On décide pourtant qu'ils auraient le droit d'en réclamer du vivant même de leurs parents ¹ : *Jura naturalia jure civili perimi nequeunt*.

1. Chabot, *des Successions*, sur l'art. 762, n° 5; Demolombe, t. IV, n°s 46 et 47; MM. Aubry et Rau, § 57, note 29.

Les père et mère sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants adultérins et incestueux ; mais ils ne sont nullement tenus de leur donner une éducation en rapport avec leur propre fortune. La loi elle-même a d'ailleurs décidé que l'enfant n'aurait plus le droit de demander à ses parents adultérins ou incestueux des aliments, si ceux-ci lui avaient fait apprendre un art mécanique (art. 764). Il s'ensuit qu'une mère millionnaire pourrait faire de son enfant un simple ouvrier.

La mère a-t-elle sur son enfant adultérin ou incestueux l'exercice de la puissance paternelle ?

La négative est généralement enseignée. Nous ne pouvons cependant nous y rallier. La loi a voulu punir les parents adultérins et incestueux : elle a puni en même temps leurs enfants qui ne sont pourtant que victimes de la faute des autres ; elle a refusé, et il ne pouvait en être autrement, de leur reconnaître les mêmes droits qu'à des enfants légitimes et même qu'à des enfants naturels simples : une telle assimilation eût été un encouragement au vice. La mère ne peut donc avoir l'usufruit légal, à supposer que ces enfants aient des biens ; de même, comme nous allons le voir, elle n'aura pas droit de leur demander des aliments.

Mais faut-il décider aussi qu'elle n'exercera pas la puissance paternelle, si elle ne se trouve pas d'ailleurs dans un cas d'indignité ? La puissance paternelle n'est pas un droit, c'est une charge. L'enfant adultérin, s'il n'a aucun droit, doit cependant recevoir une éducation quelconque : qui la lui donnera, si ce n'est la mère (ou le père), et comment pourrait-elle lui donner cette éducation si elle n'a

pas sur lui la puissance paternelle et la tutelle légale¹ ?

L'enfant adultérin ou incestueux dont la naissance est judiciairement constatée a le droit de porter le nom de son père ou celui de sa mère. On a soutenu qu'il ne pouvait porter que le nom de sa mère et jamais celui de son père² : mais nous avouons que nous n'apercevons pas de motif de distinction.

Les père et mère adultérins et incestueux n'ont aucun droit sur la succession de leurs enfants. Nous venons de dire qu'ils n'avaient pas non plus le droit de leur demander des aliments. Mais, objecte-t-on, c'est une dette sacrée que celle qui est imposée à l'enfant de ne pas laisser mourir ceux qui lui ont donné la vie, et il serait scandaleux de voir un enfant refuser à sa mère ou à son père les moyens de vivre !

Nous admettons qu'en effet l'enfant serait obligé naturellement, mais nous ne croyons pas qu'il faille faire de cette obligation une obligation civile, sous prétexte que l'obligation alimentaire doit être réciproque, et que la mère étant tenue de fournir des aliments à l'enfant doit pouvoir aussi lui en demander. Il n'est pas douteux qu'en général l'obligation alimentaire ne soit en effet réciproque, mais cette réciprocité n'est pas de l'essence même de cette obligation, et elle peut disparaître lorsqu'il n'y a pas des deux côtés égalité de droits. L'enfant est innocent de la faute de ses parents, seuls coupables : il doit

1. En ce sens : Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 741-745 ; Laurent, t. IV, n° 218.

2. Bedel, n° 98, *Traité de l'adultère*. On cite à l'appui de ce système un arrêt de Paris du 22 mars 1828 (Sirey, 1829, 2, 75). Mais, dans l'espèce, la décision s'explique jusqu'à un certain point; l'enfant, en effet, avait été reconnu; or, la reconnaissance d'un enfant adultérin et incestueux ne peut produire aucun effet, et c'est pour cela, mais pour cela seulement, que l'enfant ne pouvait porter le nom du père.

pouvoir leur demander des secours ; mais permettre à ceux-ci de venir invoquer, pour en obtenir de leur côté, leur crime ou leur déshonneur, ce serait installer l'immercialité dans le droit.

L'enfant, qui en principe ne devrait pas avoir à souffrir d'une faute dont il n'est pas responsable, est pourtant frappé de déchéance. A plus forte raison la mère qui, elle, est coupable d'une faute, doit-elle nécessairement en supporter les conséquences et ne peut-elle s'en faire un titre pour en tirer un profit ⁴.

4. En ce sens : Chabot, *des Successions*, sur l'art. 765 ; Malpel, *des Successions*, n° 173 ; Cadrès, *des Enfants naturels*, chap. XII, n° 211 ; MM. Aubry et Rau, § 572, note 3. — Cf. Laurent, t. III, n° 61 — *Contrà* : Demolombe, t. IV, n° 19.

CONCLUSION

Il convient de donner une conclusion à notre étude.

Cette étude a porté successivement sur la condition de la mère soit pendant le mariage, soit après la dissolution du mariage, car nous n'avons l'intention de ne parler ici que de la mère légitime, la mère naturelle étant bien moins digne d'intérêt.

Nous avons vu que, pendant le mariage, les droits accordés par le Code à la mère étaient singulièrement restreints. En prévision des dissentiments qui peuvent se produire entre les vues de la mère et celles du père, il fallait nécessairement accorder à l'un des époux le droit de faire prévaloir sa volonté, et la loi a naturellement accordé ce droit au mari. La femme, la mère n'a donc pas légalement les droits auxquels ses soins, ses sacrifices, sa tendresse lui permettraient d'aspirer : elle saura pourtant, en fait, se faire aimer de ses enfants, et par conséquent se faire obéir; se faire aimer et respecter également par son mari, par le père de ses enfants, qui sera ainsi toujours porté à la consulter et à tenir compte de ses avis.

Mais si tel est l'état de choses désirable, il peut arriver malheureusement (rarement, il faut l'espérer) que le père se trouve indigne d'exercer l'autorité que la loi a placée entre ses mains, et qu'au lieu de s'en servir dans l'intérêt de ses enfants, il en fasse au contraire un usage qui risque de leur être nuisible. La mère, en ce cas, n'est pas dé-

pourvue de tous moyens pour faire enlever au père une puissance qu'il ne saurait plus longtemps exercer ; les tribunaux sont investis à cet égard du plus large pouvoir d'appréciation et la loi du 24 juillet 1889 leur a reconnu expressément le droit de prononcer contre le père la déchéance de la puissance paternelle en accordant cette puissance à la mère si elle-même est digne de l'exercer et si les juges considèrent qu'elle saura résister à l'influence de son mari.

Supposons maintenant le père parfaitement capable et digne d'exercer la puissance paternelle, mais supposons en même temps que la mère ne partage pas ses avis ; qu'elle veuille par exemple donner à ses enfants une éducation que le père ne croit pas devoir adopter. Faut-il en ce cas, comme on l'a proposé, recourir à un conseil de parents appelé à trancher le différend ¹ ? Nous avons reconnu à la mère le droit de saisir les tribunaux dans des cas graves. Il est certain que l'on pourrait substituer aux magistrats une sorte de tribunal de famille ; mais il faudrait que les cas dans lesquels ce recours de la femme serait permis fussent strictement déterminés, et que la mère ne pût recourir à cette consultation que si l'intérêt de ses enfants l'exigeait absolument et à défaut de tout autre moyen.

Cette intervention des parents risquerait souvent en effet d'être une cause de trouble dans le ménage, et même de faire surgir une mésintelligence de nature à entraîner la séparation des deux époux : il en résulterait qu'au lieu de sauvegarder l'intérêt des enfants, l'intervention de la famille n'aboutirait qu'à produire un résultat tout à fait

1. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, in fine.

regrettable. La mère devrait donc apporter la plus grande circonspection dans l'exercice d'un tel recours.

Si nous admettons que, du moment que deux avis opposés sont en présence, il faut assurer la prépondérance à l'un d'eux pour arriver à une solution, nous devons cependant faire une réserve pour un acte grave entre tous dans la vie de l'enfant, acte qu'il ne doit pas pouvoir accomplir sans le consentement de la mère, nous voulons parler du mariage ¹. La mère n'a-t-elle pas comme le père l'ardent désir d'assurer le bonheur de ses enfants, but suprême que sa tendresse se propose d'atteindre ? Il peut se faire que le père consente au mariage et que la mère refuse de donner son approbation à une union dans laquelle elle craint que son enfant ne rencontre pas toutes les conditions du bonheur. Pourquoi, en ce cas, donner toujours raison au père ? Ne peut-on supposer qu'il se trompe et que l'avis de la mère soit meilleur que le sien ? La loi ne veut pas l'admettre, elle décide qu'en cas de dissentiment le consentement du père suffit. Eh bien ! c'est là, selon nous, une disposition dure et injuste pour la mère, dangereuse pour les enfants. Qui peut connaître, mieux que la mère, les pensées et les sentiments intimes de l'enfant, surtout s'il s'agit d'une fille ? Qui devinera mieux qu'elle ses goûts, ses aspirations ? Comment lui refuser le droit de s'opposer à une union mal assortie, et ne pas lui reconnaître le droit d'empêcher un mariage peut-être imposé par le père ?

« Cette annihilation du pouvoir maternel est funeste,

1. C'est là par-dessus tout une idée chrétienne. Saint Augustin a écrit : « Puellæ, fortassis quæ nunc non apparet, apparebit et mater, cujus voluntatem in tradenda filia omnibus utopinor natura præponit. » Ep. 233, *Ad Benenatum*, t. II, p. 335.

écrit M. Legouvé dans son précieux ouvrage sur la femme ¹,
 « car le coup d'  il de la mère porte ailleurs et plus loin
 « que celui du père. Le père s'inquiète de la fortune, de la
 « carrière, de la position de son gendre; la mère prend plus
 « de souci des rapports sympathiques qui l'uniront à sa
 « fille. Le p  re le juge mieux comme homme; la mère le
 « juge mieux comme gendre. La mère se laisse trop séduire
 « peut-être aux qualités aimables : qu'il plaise, la voilà plus
 « d'   moitié conquise; le père écoute trop absolument ce
 « qu'on appelle souvent la raison, c'est-à-dire l'ambition et
 « l'intérêt; tous deux voient la vérité, mais de profil; leurs
 « deux points de vue réunis font seuls l'ensemble. Tous
 « deux doivent donc être appelés; c'est toujours l'appli-
 « cation de ce principe fondamental : doubler l'unité. »

Il est vrai que la résistance de la mère    l'avis du père peut être la source de graves m  sintelligences, de la désunion du ménage; l'épouse en ce cas s'immolera à la mère, et si elle réussit par sa résistance à empêcher le malheur de son enfant, que lui importera si c'a été au détriment de son propre bonheur ! Le sacrifice est grand, mais il n'est pas au-dessous des forces d'une mère.

Il est à remarquer d'ailleurs que cette prépondérance accordée pour le mariage à l'avis du père ne lui a pas été accordée pour l'adoption². Si c'est par faveur pour le mariage que le Code n'a pas suivi la même règle que pour l'adoption, la disposition devait être autrement rédigée, et il e  t fallu admettre qu'en cas de dissentiment le mariage était possible, quel que fût celui des époux qui refus  t de consentir. C'e  t été là d'ailleurs entrer dans une voie péril-

1. *Histoire morale des femmes*, p. 348.

2. D'après le Code espagnol (art. 478) le consentement de la mère n'est pas exigé pour l'adoption.

leuse. Ce qu'il faut, c'est que l'enfant ne puisse se marier qu'avec les deux consentements et de son père et de sa mère. Il en résultera parfois qu'il lui faudra attendre sa majorité, époque où il sera libre de suivre les conseils que lui auront tracés sa raison et son cœur.

Sans qu'il faille exiger nécessairement que les futurs époux soient majeurs pour se marier ¹, il est bon que le mariage des mineurs présente de sérieuses garanties, et ce but n'est pas atteint dès que l'un ou l'autre des père et mère n'est pas favorable à l'union projetée.

Ce que nous disons du mariage, nous l'appliquons à la nécessité du consentement de la mère quand il s'agit pour l'enfant de prononcer des vœux ou d'entrer dans une congrégation religieuse.

Si pendant le cours du mariage l'avis du père doit l'emporter sur celui de la mère par rapport à l'éducation des enfants, c'est parce que c'est là un résultat inévitable, parce qu'il faut nécessairement aboutir à une solution et par conséquent admettre qu'un avis ou l'autre devra l'emporter, sinon les enfants eux-mêmes auraient à souffrir du défaut d'unité dans la direction de leurs études et des retards fâcheux que pourraient amener les discussions entre leurs deux parents. Mais il n'en résulte nullement que la mère ne doive pas avoir sur ses enfants le même ascendant, la même autorité et les mêmes droits. A la dissolution du mariage, survenant par suite de la mort du père, les droits de la mère, que ne restreint plus l'exercice de ceux du père, doivent reprendre toute leur étendue naturelle : aussi est-ce surtout à l'égard de la mère veuve que la législation actuelle nous paraît susceptible d'amélioration.

1. Avant-projet de revision du Code civil belge, par M. Laurent (art. 141).

Le Code civil français a accordé, il est vrai, à la mère veuve la puissance paternelle. Il lui accorde aussi la tutelle légale ¹ non sans grandes discussions, mais enfin la cause de la mère l'a emporté, et le Code a ainsi consacré un véritable acte de justice et non une « grande sottise », comme le disait brutalement le Président Favre. Mais ce premier pas fait par le législateur dans la voie de l'équité et de la sagesse doit être suivi de nouveaux progrès. Plusieurs propositions relatives à la capacité civile de la femme, et spécialement de la mère ², ont été mises à l'étude, et nous ne désespérons pas de les voir aboutir.

Le Code civil a admis une certaine différence entre la situation du père veuf et celle de la mère veuve ; nous avons signalé le caractère injuste et blessant de ces différences.

C'est ainsi que la mère veuve ne peut procéder à l'égard de ses enfants aux mêmes mesures de rigueur que le père : elle ne peut les faire détenir que par voie de réquisition et seulement sur l'avis conforme des deux plus proches parents paternels. Le père veuf, au contraire, conserve le droit d'agir par voie d'autorité à l'égard de ses enfants âgés de moins de 16 ans et qui n'ont pas de biens personnels, et il n'a jamais besoin de s'assurer le concours de deux parents maternels.

Ce n'est pas tout : la mère veuve vient-elle à se remarier, elle perd absolument par cela même tout droit de requérir la détention de ses enfants ; le père remarié ne perd au contraire que le droit d'agir par voie d'autorité.

Pourquoi cette double différence ? Et d'abord, en ce

1. D'après le Code civil espagnol (art. 154), la mère veuve exerce la puissance paternelle dans toute sa plénitude ; de même, le projet de Code civil allemand édicte qu'au cas de mort de l'un des époux le survivant, que ce soit le père ou la mère, exercera la puissance paternelle. (Art. 1633)

2. Proposition de loi de M. Camille Sée, séance du 7 mai 1880, et proposition de loi de M. Ernest Lefèvre, session ordinaire de 1889.

qui concerne la mère non remariée, pourquoi ne lui permettre d'agir que par voie de réquisition et pourquoi lui imposer le concours de deux parents ?

C'est, dit-on, à cause de la faiblesse de son jugement et du caractère d'empchement assez ordinaire à son sexe, qui empêchent qu'on ne puisse compter sur la sagesse de la mère comme sur celle du père¹.

Telles étaient les raisons que donnait Pothier : telles sont celles qui ont déterminé le législateur du Code, s'il faut en croire Réal, qui les reproduisait à peu de choses près dans son Exposé des motifs du Titre de la puissance paternelle. « Le législateur a dû prévoir, disait-il, que la mère, trop faible ou trop légèrement alarmée, pourrait peut-être trop facilement recourir à ces moyens extrêmes². »

On considère donc la mère comme incapable de jugement sain, on ne la croit pas assez raisonnable pour agir seule et par elle-même ! N'y a-t-il pas là une véritable injustice ? On peut jusqu'à un certain point douter de l'inexpérience des femmes dans les affaires : on peut craindre leur ignorance ; mais se défier de leur amour maternel, n'est-ce pas leur faire une injure qu'elles n'ont jamais méritée ? Tout au plus pourrait-on prendre des mesures contre leur penchant à pardonner trop vite ; les soupçonner de recourir trop facilement à des peines excessives, c'est méconnaître le cœur des mères : ceux qui ont pu dire et écrire de pareilles choses n'ont certainement jamais apprécié toute l'étendue, toute l'ardeur de l'amour que leur portait leur propre mère. La femme peut être légère, capricieuse ; la mère ne l'est jamais.

1. *Traité des personnes*, n° 133.

2. Locré, t. III, p. 332.

C'est par l'intérêt de ses enfants qu'elle se guidera et s'il est nécessaire, dans cet intérêt, de recourir à des mesures de rigueur, elle ne s'y décidera qu'après une mûre réflexion et bien souvent après des nuits passées dans les larmes.

Il faut laisser la mère libre. Il faut que sa tendresse et sa raison soient seuls juges du parti à prendre. Il faut se garder, par une odieuse défiance, de blesser le cœur maternel dans ses sentiments les plus nobles et les plus élevés.

C'est, assure-t-on, dans l'intérêt de la mère elle-même, qu'on lui impose le concours de deux parents paternels. « Une veuve sans défense, ajoutait Réal, dont toutes les actions sont exposées à la critique de la malignité, devait se ménager dans le concours des deux plus proches parents paternels des témoins impartiaux qui puissent toujours attester la nécessité de cette mesure de rigueur, qui fussent garants de sa bonne administration¹ ».

Si la mère a besoin d'un conseil avant de prendre une décision, elle aura souvent recours, en fait, à l'avis des proches parents de son enfant : mais pourquoi la suspecter au point de lui imposer cette démarche ? On parle de critique et de malignité : la mère qui fait son devoir n'a rien à en redouter. Encore une fois, la femme peut être craintive, la mère ne l'est jamais. Combien n'en a-t-on pas vu trembler quand il s'agissait d'elles-mêmes et, transformées par la maternité, trouver, quand il s'agit de leurs enfants, l'énergie qui leur manquait !

Ces idées sont à l'ordre du jour : la proposition de loi de M. Camille Sée (art. 2) appliquait à la mère les mêmes

1. Locré, *loc. cit.*

règles qu'au père au point de vue du droit de correction. Espérons qu'elle sera reprise et que cette première injustice que nous signalons sera bientôt réparée.

Quant à la mère remariée, nous avons vu qu'elle perdait complètement le droit de correction, tandis que le père était seulement privé du droit d'agir par voie d'autorité. Il y a là encore une différence qu'on ne saurait expliquer ; si l'on a pu craindre que l'influence du second mari de la femme ne pût la déterminer à des mesures excessives, pourquoi n'avoir pas eu la même crainte à l'égard de la seconde femme du père ? Pense-t-on que le père ne subira pas cette influence ou qu'elle ne sera pas défavorable aux enfants du premier mariage ? La réalité des faits est malheureusement là pour montrer combien grande serait cette illusion : les enfants qui ont une marâtre sont, il nous faut le reconnaître, quoique ce ne soit pas à l'honneur des femmes, plus malheureux que ceux qui ont un parâtre : celui-ci devient souvent un véritable père pour ces enfants. La seconde femme est bien rarement une mère, et elle ne le sera que si elle a reçu une éducation solide, trop peu fréquente de nos jours.

Il faut, selon nous, assimiler toutes les dispositions relatives au droit de correction de la mère aux dispositions relatives au droit de correction du père. Ce droit doit toujours être restreint en cas de second mariage, mais il doit l'être également pour le père et pour la mère. Peut-être même ne faudrait-il pas en ce cas accorder au père ou à la mère le droit d'agir seul par voie de réquisition et devrait-on exiger d'eux, comme on l'exige du tuteur, qu'ils se munissent de l'avis du conseil de famille. La mère tutrice a, d'après le Code, comme son mari cotuteur, le droit d'agir par voie de réquisition avec l'autorisation du

conseil de famille : il faut accorder ce droit à la mère même en dehors du cas de tutelle, fût-elle remariée.

Il y a encore une différence établie par la loi entre la situation de la mère veuve et celle du père veuf : on donne à la mère la faculté de refuser la tutelle si elle la considère comme une charge trop lourde, et on accorde d'autre part au père le droit de lui nommer un conseil. Nous espérons que le temps fera disparaître ces différences, mais nous reconnaissons qu'elles ont pour le moment leur raison d'être.

La femme, en effet, au cours du mariage, est placée en dehors des affaires, c'est son mari seul qui s'occupe des intérêts de sa fortune ; il est le chef de toute la famille. Veuve, la femme acquiert tous les droits, et la loi la proclame pleinement capable, « comme si ce titre de veuve, » dit éloquentement M. Legouvé, « la douait subitement de « qualités nouvelles, la loi la jette sans préparation, sans « éducation, d'une dépendance absolue dans une absolue « domination sur elle-même et sur les siens. Elle n'avait « pas le droit de faire un bail, de vendre un meuble, de « garder son enfant à la maison commune, et du jour au « lendemain, elle est appelée à gérer deux fortunes ; elle « ne pouvait se diriger elle-même et elle est appelée à diriger plusieurs existences humaines ¹ ». Le jour où l'on accordera à la femme une certaine indépendance, sans nuire bien entendu aux droits de la puissance maritale, le jour surtout où l'on ne mariera plus des enfants, mais des femmes accomplies, ce jour-là on pourra assimiler complètement les deux époux au point de vue de la tutelle : prise seule, une telle mesure serait encore prématurée.

1. *Histoire morale des femmes*, p. 346.

Nous appelons de tous nos vœux le jour où elle sera devenue possible, par suite d'une réforme complète de la législation relative à la capacité civile de la femme.

Quant au droit accordé à la mère de refuser sans motifs la tutelle, il faudrait selon nous y joindre le droit de se substituer elle-même un autre tuteur. La loi n'a-t-elle pas en effet considéré la tutelle déférée par les père et mère comme supérieure à la tutelle dative ? Pourquoi dès lors ne pas permettre à la mère cette désignation ? La mère peut en effet ne pas avoir la capacité nécessaire pour la gestion de la tutelle, sans manquer cependant de la perspicacité nécessaire pour faire un bon choix. La loi elle-même, en laissant la mère libre de décider de son plein gré si elle doit ou non accepter la tutelle, a témoigné la confiance qu'elle avait dans son bon sens, car il en faut plus pour se connaître et s'apprécier soi-même que pour apprécier un autre. La mère, qui pourra reconnaître sa propre incapacité, pourra à plus forte raison se rendre compte aussi des qualités que doit réunir un bon tuteur, et elle saura choisir une personne qui possédera ces qualités.

Que si l'on objecte que la mère n'a qu'à accepter la tutelle et à se faire aider par une personne de son choix, nous répondrons que ce raisonnement prouve trop, car il ne conduirait à rien moins qu'à déclarer inutile la disposition même de l'art. 394. Pourquoi, en effet, s'il en est ainsi, permettre à la mère de refuser la tutelle, et ne pourrait-elle toujours, si elle ne se juge pas assez capable, se faire conseiller par quelqu'un qu'elle aurait choisi ? En réalité, ce serait toujours elle qui serait tutrice ; c'est sur elle que continuerait à peser toute la responsabilité, alors qu'on la suppose incapable d'une pareille charge.

Si au contraire on autorisait la mère qui refuse la tutelle à nommer un tuteur par acte entre vifs, on éviterait l'inconvénient qui se produit dans le système généralement admis et auquel nous nous sommes ralliés dans l'état actuel de la législation, système suivant lequel il faut exercer la tutelle pour pouvoir la transmettre à un tuteur de son choix. Il résulte de ce système que la mère qui a refusé la tutelle ne pourrait plus, même dans son testament, nommer un tuteur à son enfant ; celui-ci serait ainsi privé d'une tutelle que la loi voit avec faveur. Cet inconvénient disparaît avec la faculté accordée à la mère de nommer, même de son vivant, un tuteur à son enfant.

Nous avons dit que, selon nous, tant qu'on n'aura pas touché aux dispositions légales relatives à la capacité des femmes mariées, il serait prématuré de supprimer la disposition de l'art. 394 qui permet au père de nommer un conseil à sa femme ¹.

Nous pensons au contraire qu'il n'y aurait dès à présent qu'avantage à accorder à la mère le droit de se faire relever de l'incapacité dont l'a frappée son mari. La mère peut être en effet parfaitement capable, sans que son mari ait eu l'occasion de la voir à l'œuvre et de se rendre un compte exact de sa capacité. Il serait bon que le conseil de famille pût dispenser la mère qui a fait ses preuves de l'obligation de se faire assister par un conseil dont l'intervention amène toujours des retards et des difficultés. On pourrait ajouter que cette délibération du conseil de famille devrait être homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public ².

1. L'art. 4 de la proposition de loi de M. Camille Sée tendait à la suppression de cette prérogative du père.

2. L'art. 235 du Code italien accorde ce droit à la mère à laquelle ces

Il nous reste un dernier *desideratum* à formuler : il s'agit des règles imposées à la mère tutrice qui se remarie, et de l'usufruit légal que la loi lui fait perdre en ce cas. La mère qui se remarie doit, nous le savons, faire convoquer le conseil de famille qui est appelé à décider si elle doit ou non être maintenue dans la tutelle ; à défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit¹. Aucune disposition analogue n'est édictée pour le père qui se remarie. Quelle raison y a-t-il de distinguer ? Nous l'avons dit, l'influence de la marâtre est plus fâcheuse encore que celle du parâtre. Le père remarié sera vraisemblablement moins tendre que la mère remariée pour les enfants de son premier mariage. « J'ai vu des pères, » écrit M. Laurent, « abandonner entièrement leurs enfants « après la mort de la mère, à ce point que l'on ignorait « même ce qu'ils étaient devenus, je n'ai pas vu de mère « aussi dénaturée »² Si un tel oubli de ses devoirs est à craindre de la part de la mère qui se remarie, il le sera plus encore de la part du père ; et si la loi a été sage de prendre des précautions à l'égard de la mère remariée, nous considérons comme une lacune regrettable le défaut de précautions semblables par rapport au père.

De même pour la perte du droit d'usufruit légal, le père remarié n'encourt pas cette déchéance qui n'est infligée qu'à la mère. Pourquoi encore cette différence ? Le second mariage du père ne fait-il pas, autant que celui de la mère, peser un doute sur l'affection qu'il porte

conditions ont été imposées par le père pour l'éducation des enfants ou l'administration de leurs biens.

1. D'après le Code civil espagnol (art. 168), la mère qui se remarie perd l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants issus du premier mariage, à moins cependant que son mari décédé ne l'ait autorisée à conserver l'exercice de la puissance paternelle, même au cas de convol.

2. Laurent, *Projet de Code civil*, art. 133-2°.

à ses enfants du premier mariage ? Que si l'on rappelle que la loi a eu surtout en vue d'empêcher que la mère ne porte dans une autre famille les revenus des enfants de son premier mariage¹, nous répondrons que la même raison s'appliquerait au père qui se remarie. Il est vrai que les revenus continueront à être perçus par lui ; mais comment seront-ils employés ? Ne serviront-ils pas à faire face aux dépenses du nouveau ménage, à l'éducation et à l'entretien des enfants du second lit ? La différence imaginée par Cambacérès entre la situation du père ou de la mère remariés par rapport à l'usufruit légal n'a donc pas sa raison d'être ; et mieux eût valu, mieux vaudrait décider, comme le faisait la coutume de Paris², que la mère ou le père qui se remariaient perdent l'un et l'autre leur droit à la jouissance légale³.

En résumé, ce que nous voudrions surtout voir disparaître c'est l'inégalité des situations faites aux deux époux par rapport à leurs enfants, toutes les fois que l'autorité maritale n'est pas en jeu, et si nos modestes efforts ont contribué à faire faire un pas à la propagation de ces idées, nous nous estimerons heureux d'avoir tenté, nous aussi, quelque chose pour le relèvement de la situation de la femme, et surtout de la mère.

1. Voir discours de Cambacérès au Conseil d'État, le 8 vendémiaire an XI, n° 23 ; Loqué, t. III, p. 322.

2. Art. 268.

3. Une pareille disposition est admise par le Code italien (art. 232).

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LES THÈSES

DROIT ROMAIN

I. Sous l'empire des lois Caducaires, les règles de *la soliti-capacitas* étaient les mêmes pour les femmes que pour les hommes.

II. La mère ne pouvait nommer un tuteur testamentaire à son enfant sans l'instituer; cette nomination devait d'ailleurs toujours être confirmée par le magistrat.

DROIT FRANÇAIS

I. La jouissance légale appartient à la mère exerçant la puissance paternelle pendant l'absence du père.

II. Les art 267, 302 et 303 relatifs au divorce s'appliquent également à la séparation de corps.

III. La mère qui a fait détenir son enfant n'a pas besoin, pour faire cesser la détention, de s'assurer le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant.

IV. La mère naturelle qui a seule reconnu l'enfant peut le faire détenir par voie d'autorité et sans le concours de deux parents.

V. Les enfants adultérins et incestueux ne sont pas légalement tenus de fournir des aliments à leurs père et mère.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DES THÈSES

DROIT ROMAIN

I. Le *jus postliminii* n'avait pas pour effet de rétablir la *manus*.

II. La *manus* ne résultait jamais nécessairement du mariage.

III. Aucune mention n'est exigée sur les livres du débiteur pour la formation du contrat *litteris*.

IV. L'*unciarium fœnus*, qui désigne le taux de l'intérêt d'après la loi des XII Tables, était de 10 pour 100 par an.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

I. La femme sous le régime de la communauté exerce ses reprises matrimoniales à titre de créancière, et non à titre de propriétaire.

II. L'enfant renonçant ne doit pas être compté pour le calcul de la quotité disponible.

III. Le droit de locataire d'un immeuble est un droit personnel, mais immobilier.

IV. Les donations déguisées sont nulles.

DROIT COMMERCIAL

I. La femme mariée peut faire le commerce avec l'autorisation de justice.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. L'Assemblée nationale ne peut reviser que les points de la constitution sur lesquels chacune des deux Chambres a décidé que porterait la revision.

DROIT INTERNATIONAL

I. La femme mariée, même séparée de corps, ne peut se faire naturaliser en pays étranger sans l'autorisation de son mari.

II. La femme mariée étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

Paris, le 12 mai 1890.

Vu par le Doyen,
C. DE SANTERRE.

Le président,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.....	1
-------------------	---

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION HISTORIQUE.....	1
------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

De la condition de la mère légitime.

CHAPITRE I. — Condition de la mère sous la loi des XII Tables...	7
CHAPITRE II. — Condition de la mère dans la période qui s'étend jusqu'à la fin de la République.....	27
CHAPITRE III. — Condition de la mère dans la période qui s'étend depuis l'établissement de l'empire jusqu'à Constantin.....	32
CHAPITRE IV. — Conditions de la mère sous les empereurs chrétiens jusqu'à Justinien.....	99
CHAPITRE V. — Condition de la mère sous le règne de Justinien.	117

DEUXIÈME PARTIE

Condition de la mère naturelle.....	139
-------------------------------------	-----

DROIT CIVIL

INTRODUCTION.....	143
-------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE

De la condition de la mère légitime.

TITRE I. — CONDITION DE LA MÈRE PENDANT LE MARIAGE....	163
CHAPITRE I. — Cas où les conditions du mariage ne sont modifiées ni par l'absence, ni par l'interdiction, ni par des condamnations judiciaires.....	163

SECTION I. — Devoirs et obligations qu'impose pendant le mariage la maternité légitime.....	163
§ I. — Obligation d'éducation.....	165
§ II. — Obligation alimentaire.....	173
SECTION II. — Droits que confère pendant le mariage la maternité légitime.....	178
I. — Du consentement de la mère au mariage de ses enfants.....	185
II. — Du consentement de la mère à l'adoption et à la tutelle officieuse de ses enfants.....	215
III. — Consentement de la mère au cas où l'enfant veut entrer dans une congrégation religieuse ou prononcer des vœux	219
IV. — Droit pour la mère d'accepter une donation faite à son enfant mineur.....	219
CHAPITRE II. — Cas où les conditions du mariage se trouvent modifiées exceptionnellement.....	222
SECTION I. — Condition de la mère pendant l'absence du père.....	223
§ I. — Présomption d'absence du père.....	224
§ II. — Déclaration d'absence du père.....	246
§ III. — État de non-présence ou absence de fait du père.....	250
SECTION II. — Condition de la mère après la séparation de corps.....	254
SECTION III. — Condition de la mère au cas d'interdiction judiciaire du père ou de son internement dans un asile d'aliénés.....	264
SECTION IV. — Condition de la mère au cas où le père est déchu de la puissance paternelle par suite de l'application des art. 334 et 335 C. pén.....	271
SECTION V. — Condition de la mère au cas d'interdiction légale du père.....	276
SECTION VI. — Condition de la mère au cas de dégradation civique du père.....	282
SECTION VII. — Condition de la mère au cas où le père a encouru la déchéance de la puissance paternelle résultant de l'application des art. 1, 2, 3 et 4, et 2 de la loi du 24 juillet 1889.....	285
TITRE II. — CONDITION DE LA MÈRE APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE.....	291
I. — Condition de la mère veuve.....	291
CHAPITRE I. — Condition de la mère veuve non remariée.....	292
SECTION I. — Obligations qui lui sont imposées et droits que la loi lui confère en sa seule qualité de mère.....	292
§ I. — Obligations.....	292
§ II. — Droits.....	295
A. — Droit de garde.....	295
B. — Droit de correction.....	298

TABLE DES MATIÈRES

507

C. — Droit de consentir au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'entrée dans les ordres de ses enfants.....	310
D. — Droit d'émancipation.....	314
E. — Droit de jouissance légale.....	317
§ III. — Responsabilité pénale de la mère veuve à raison des faits dommageables commis par ses enfants.....	321
SECTION II. — Droits et devoirs de la mère tutrice légale.....	324
CHAPITRE II. — Condition de la mère veuve remariée.....	383
§ I ^{er} . — De la mère déchuë de la tutelle légale pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille avant son second mariage.....	386
§ II. — De la mère remariée et maintenue dans la tutelle par le conseil de famille.....	398
§ III. — De la mère remariée non maintenue dans la tutelle par le conseil de famille.....	406
* § IV. — Effets produits par l'annulation ou la dissolution du second mariage de la mère, ou par la séparation de corps.....	417
II. — Condition de la mère divorcée.....	423
TITRE III. — CONDITION DE LA MÈRE APRÈS L'ANNULATION DU MARIAGE.....	433
TITRE IV. — INFLUENCE DE LA NATIONALITÉ DE LA MÈRE LÉGITIME SUR LA NATIONALITÉ DE SES ENFANTS.....	435
TITRE V. — DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DE SES ENFANTS, ET RÉCIPROQUEMENT DROITS DES ENFANTS SUR LES BIENS DE LEUR MÈRE.....	441

DEUXIÈME PARTIE

Mère naturelle

TITRE I. — EFFETS JURIDIQUES DE LA MATERNITÉ NATURELLE RECONNUE.....	445
CHAPITRE I. — Condition de la mère naturelle au cas où l'enfant n'a été reconnu que par elle.....	445
SECTION I. — Condition de la mère naturelle non remariée....	446
§ I. — Devoirs de la mère naturelle.....	446
§ II. — Droits de la mère naturelle.....	450
SECTION II. — Condition de la mère naturelle mariée.....	466
§ I. — Devoirs de la mère naturelle mariée.....	466

§ II. — Droits de la mère naturelle mariée.....	469
CHAPITRE II. — De la condition de la mère lorsque l'enfant a été reconnu à la fois par elle et par son père.....	471
CHAPITRE III. — Droits de la mère naturelle sur les biens des enfants qu'elle a reconnus et droits des enfants sur les biens de leur mère.....	478
CHAPITRE IV. — Influence de la nationalité de la mère naturelle sur la nationalité de l'enfant.....	481
TITRE II. — EFFETS JURIDIQUES DE LA MATERNITÉ ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE.....	483
CONCLUSION.....	487

ERRATA

Page	23	ligne	24	lire	<i>censeurs</i>	au lieu de	<i>questeurs</i>
—	85	—	14	—	<i>liberi</i>	—	<i>legitimi</i>
—	88	—	14	—	<i>celui-ci</i>	—	<i>lui</i>
—	135	—	7	—	<i>Septime</i>	—	<i>Sulpice</i>
—	205	—	9 et 10	—	1423 et 1482	—	1425 et 1439
—	208	—	18	après	autorisation ajouter: du mari ou		
—	212	—	18	—	<i>d'en disposer</i>	—	<i>avec l'autorisation</i>
							<i>de justice</i>
—	212	—	19	—	<i>en disposer</i>	—	<i>sans l'autorisation</i>
							<i>du mari</i>
—	225	—	13	lire	<i>qu'il</i>	au lieu de	<i>qu'elle</i>
—	226	—	23	—	<i>dissous</i>	—	<i>dissolu</i>
—	243	—	4	—	<i>C. com</i>	—	<i>C. civ.</i>
—	274	—	17	—	<i>moins</i>	—	<i>plus</i>
—	274	—	18	—	<i>plus</i>	—	<i>moins</i>
—	295	—	22	—	<i>militari</i>	—	<i>militarie</i>
—	311	—	1	—	<i>thermidor</i>	—	<i>messidor</i>
—	335	—	6	ajouter: Déclaration authentique			
—	365	—	21	lire	<i>C. pr.</i>	au lieu de	<i>C. pénal</i>
—	373	—	25	—	<i>opinion</i>	—	<i>distinction</i>
—	374	—	1	—	§ 1 ^{er} de l'art. 453	—	§ 1 ^{er}
—	389	—	14	—	art. 1239	—	art. 12
—	405	—	27	—	art. 400	—	art. 409
—	414	—	23	—	(art. 1555)	—	(art. 555)
—	449	—	4	—	<i>immeritus</i>	—	<i>immeritu</i>
—	498	in fine		—	<i>des</i>	—	<i>ces.</i>

